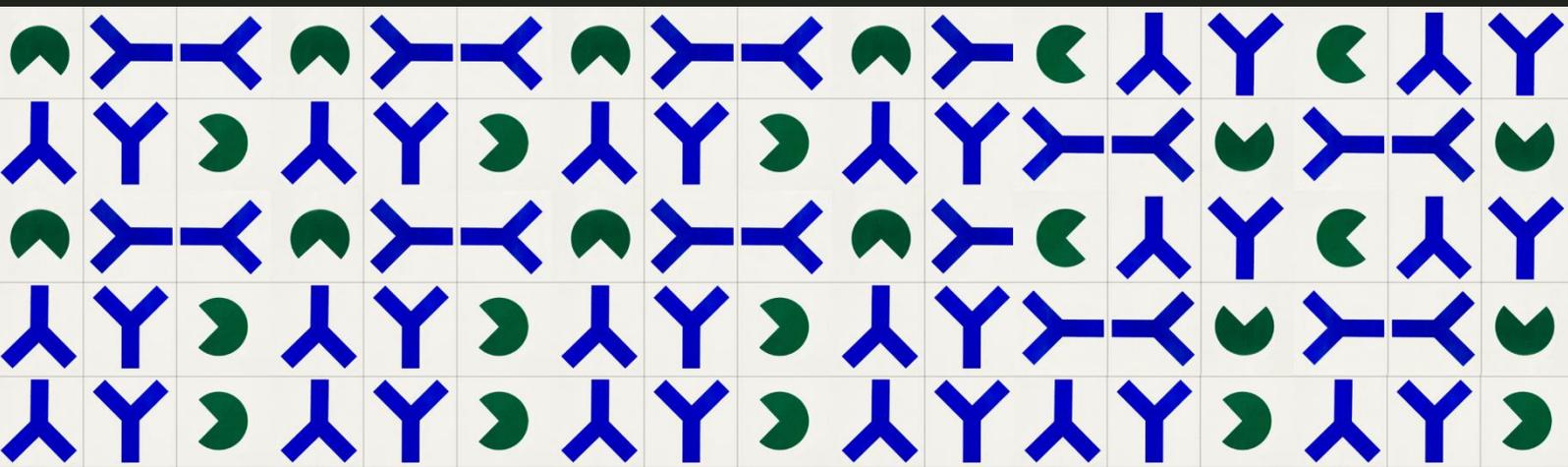


REVISTA
DIREITO &
DIALOGICIDADE

UNIVERSIDADE REGIONAL DO CARIRI - URCA



V. 7, N. 3 (2021)
ISSN: 2178-826X



EXPEDIENTE

UNIVERSIDADE REGIONAL DO CARIRI – URCA

REITORIA

Francisco do O' de Lima Júnior
Carlos Kleber Nascimento de Oliveira

PRÓ-REITORA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA – PRPGP

Edson Soares Martins

DEPARTAMENTO DE DIREITO

Pedro Ivan Couto Duarte
Paulo dos Santos Neto

CONSELHO EDITORIAL

Enoque Feitosa, UFPB
Francisca Clara de Paula Oliveira, URCA
José Micaelson Lacerda Moraes, URCA
Ligia Maria Silva Melo de Casimiro, UFC
Kátia Regina Rodrigues Lima, URCA
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, UNIFOR
Narbal de Marsillac Fontes, UFPB
Zuleide Fernandes de Queiroz, URCA

CORPO EDITORIAL

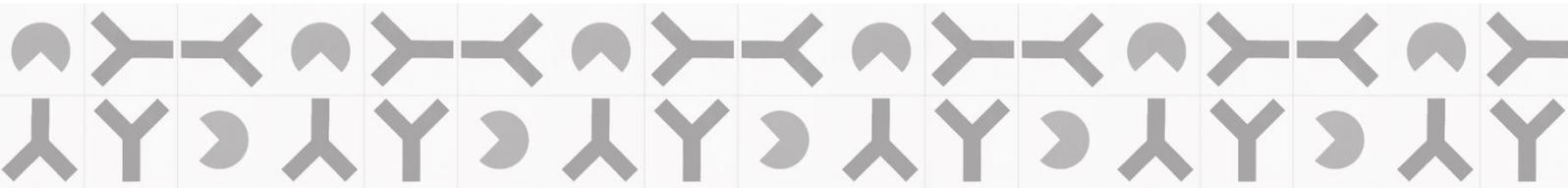
José Patrício Pereira Melo, URCA
Amanda Guilherme, URCA
Ana Elisa Linhares Meneses Braga, URCA
Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva, URCA
Francisca Carminha Monteiro de Lima, URCA

ESTUDANTES VOLUNÁRIOS

Cinthia Hellen Soares de Barros, URCA
Teófilo Jeremias da Silva Costa, URCA
Yago Torres Tavares, URCA

CAPA E DIAGRAMAÇÃO

Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva
Rárisson Jardiel Santos Sampaio



APOIADORES



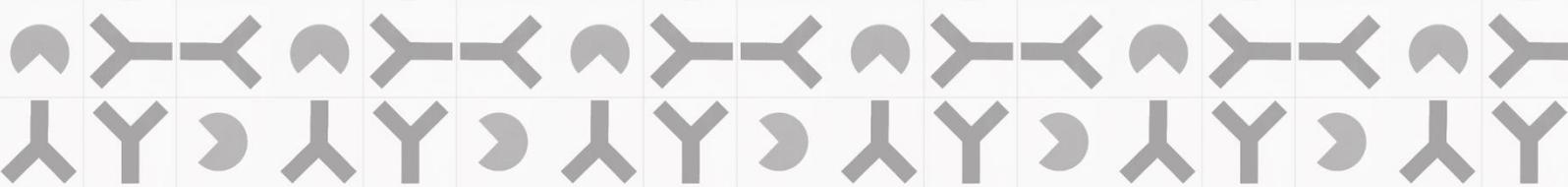
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária: Ana Paula Saraiva de Sousa CRB 3/1000

Revista Direito e Dialogicidade/ Universidade Regional do Cariri,
Departamento de Direito. – v.1, n.1 (2010), Crato-CE: URCA, 2021
241p.; il.; publicação eletrônica.

Semestral
ISSN 2178-826X
v. 7, n.3 - 2021
Disponível em: <http://periodicos.urca.br/>

1. Direito, 2. Ciências jurídicas, 3. Periódico eletrônico; I.
Título, II. Departamento de Direito, III. Universidade Regional do
Cariri

CDD: 340



AVALIADORES

V. 7, N. 3 (2021)

Ma. Amélia Coelho Rodrigues Maciel

Ma. Ana Cláudia Milani e Silva

Ma. Ana Larissa Brasil

Ma. Andrea Paula Reis Santos Oliveira

Dr. António de Holanda Cavalcante Segundo

Me. Bruno Gonçalves

Dr. Emetério Oliveira Neto

Dra. Francisca Clara Oliveira

Me. Hioman Imperiano de Souza

Dr. João Adolfo Ribeiro Bandeira

Dra. Kátia Regina Rodrigues Lima

Ma. Kristal Moreira Gouveia

Ma. Laura Germano Matos

Ma. Maria Aurora Lucena Costa

Ma. Marcia Maria dos Santos Souza Fernandes

Me. Moisés Saraiva de Luna

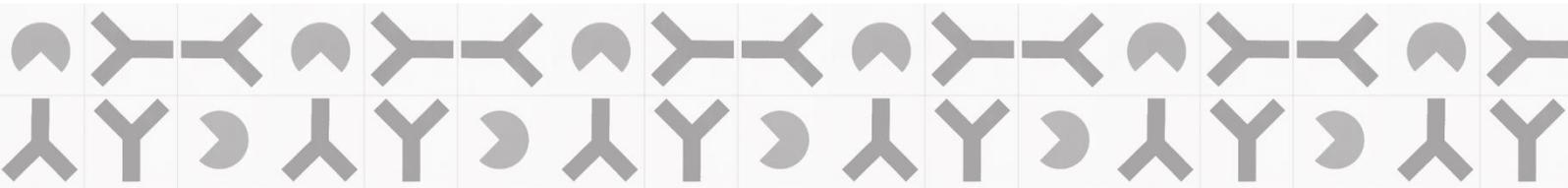
Ma. Nikaelly Lopes de Freitas

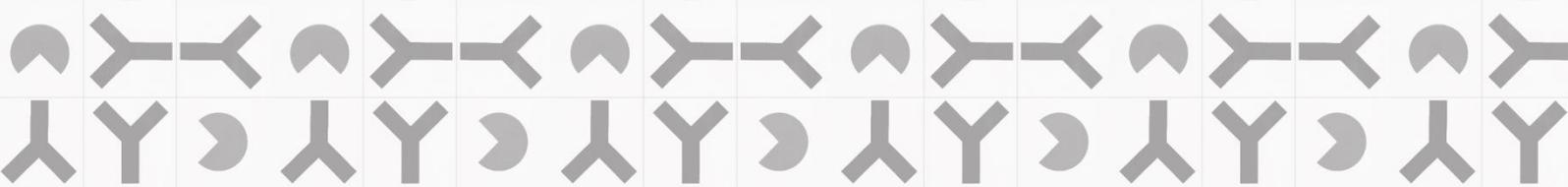
Me. Phelipe Bezerra Braga

Dr. Rubens Becak

Ma. Sarah Carneiro Araújo Fermanian

Ma. Stephany Yohanne Rolim Pereira





SUMÁRIO

EDITORIAL

ARTIGOS

CONCEITO RETÓRICO DE NORMA JURÍDICA COMO NARRATIVA

PÁGINA 7

João Maurício Leitão Adeodato

A DIALÓGICA E O VALOR SOCIAL DO TRABALHO: A SÍNDROME DE BURNOUT E O LABOR DO PROFESSOR DURANTE A PANDEMIA PELO SARS-COV-2

PÁGINA 22

Matheus Soletti Alles

A INTERVENÇÃO FEDERAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

PÁGINA 39

Aryêtha Turbano Ribeiro; Francysco Pablo Feitosa Gonçalves

A POLÍTICA CRIMINAL DO BRASIL IMPERIAL: ANÁLISE DAS PRÁTICAS PUNITIVAS NA SOCIEDADE ESCRAVISTA BRASILEIRA DO SÉCULO XIX

PÁGINA 67

Thaynara Andressa Frota Araripe

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO E SEUS ENTRAVES PRÁTICOS PARA A DEMOCRACIA

PÁGINA 80

Igor Amaro Benevides Amaro Fernandes; Jânio Pereira da Cunha

AS CONSEQUÊNCIAS DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

PÁGINA 96

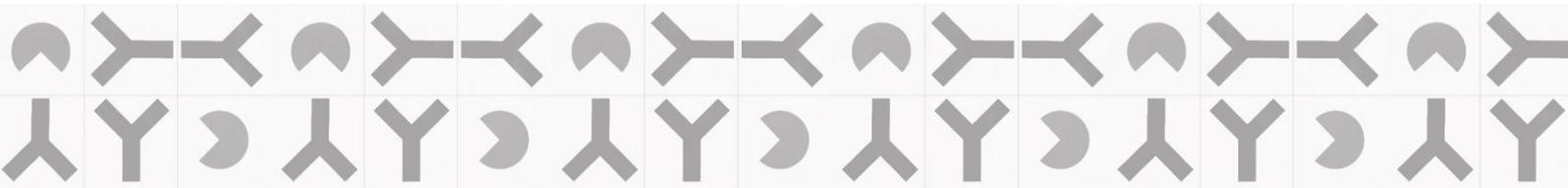
Francisco Morilhe Leonardo

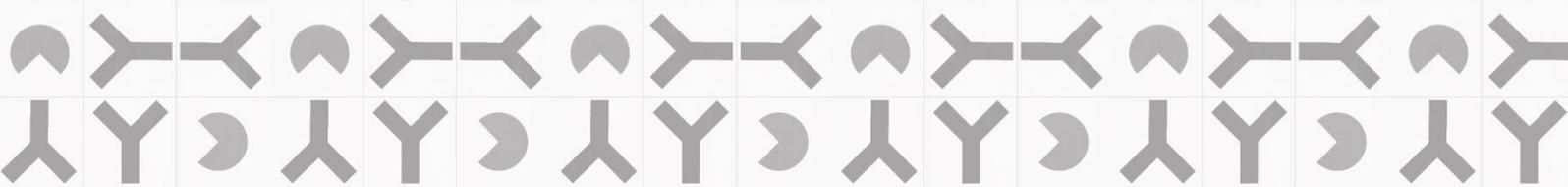
DIÁLOGOS

COMPILAÇÃO DE NORMAS ESCRAVISTAS PORTUGAL/BRASIL SÉC. XVII, XVIII E XIX

PÁGINA 114

Ramon dos Santos Ferreira; Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva





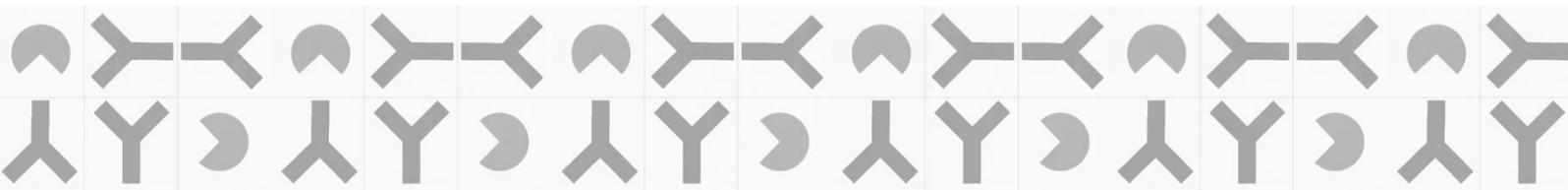
EDITORIAL

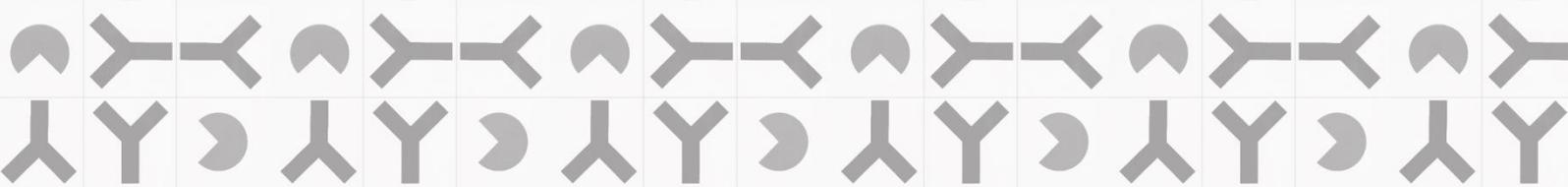
A Democracia é um valor inestimável nas sociedades do século XXI, expressa no apreço à diversidade, à informação e à comunicação. Apesar do florescimento democrático dos últimos anos, há ameaças constantes e reeditadas, as quais pensava-se superadas, como a atuação pela restrição ou negação de Direitos Humanos, atingindo as liberdades individuais e coletivas, a liberdade de imprensa, os valores republicanos da transparência, laicidade e impessoalidade, a liberdade sindical e de organização social, o respeito à dignidade ecológica e da pessoa humana.

Cenas deploráveis têm sido veiculadas nas mídias sociais e na imprensa. Nos últimos meses, no Brasil, ataques sistemáticos ao Plano Nacional de Imunização – PNI, às instituições que fazem parte do sistema eleitoral, às instituições do Poder Judiciário e da vigilância sanitária e aos órgãos de controle ambiental. Nas últimas semanas, assistimos um homem negro sendo arrastado pelas ruas, amarrado a uma motocicleta, pilotada por um policial e, mais recentemente, um professor de uma escola pública vestido com as roupas próprias do movimento fascista Ku Klux Klan. A estas, somam-se as violações estruturais à integridade das mulheres, em especial as praticadas por profissionais de saúde ou religiosos, como noticiados ultimamente.

O esfacelamento do Estado Democrático de Direito está em curso, em ações estatais, da sociedade organizada e de indivíduos isolados. Parece que nos distanciamos a passos largos do texto constitucional, especialmente do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88). Somente a reflexão coletiva sobre os rumos sociais e os desafios comuns será capaz de apontar os caminhos a serem trilhados e as novas estratégias a serem adotadas.

A **Revista Direito e Dialogicidade – RDD**, da Universidade Regional do Cariri (URCA), neste vol. 7, n. 3, de 2021, traz algumas propostas de análises sociojurídicas acerca dos emergentes problemas,





com perspectiva crítica, histórica e contextualizada. Para esta edição, são apresentados textos em 2 seções – 6 *artigos* e 1 *diálogo*. Os artigos tratam da teoria do direito, de questões processuais que envolvem as ações judiciais do campo civil e penal, além da discussão sobre o instituto constitucional da intervenção federal e sua relação com os direitos fundamentais. Como contribuição histórica, um dos artigos aborda a política criminal brasileira a partir do século XIX, texto que se liga ao diálogo publicado, o qual apresenta a compilação de algumas normas escravagistas luso-brasileiras, dos séculos XVII, XVIII e XIX.

O esforço dos editores, avaliadores e estudantes voluntários segue na firme convicção que o texto e as estruturas institucionais e sociais desenhadas pela Constituição Federal de 1988 são claras, lúcidas e exigentes na sua concretização. Não podemos deixar que as aventuras políticas limitem nossa visão e compreensão sobre o que é o Estado Democrático de Direito ou que nos permita aceitar retrocessos socioambientais em nome de um desenvolvimento individualista, destruidor e opressor.

Desejamos uma boa leitura e que a RDD cumpra o papel de informar, difundir e fomentar novas pesquisas acadêmicas!

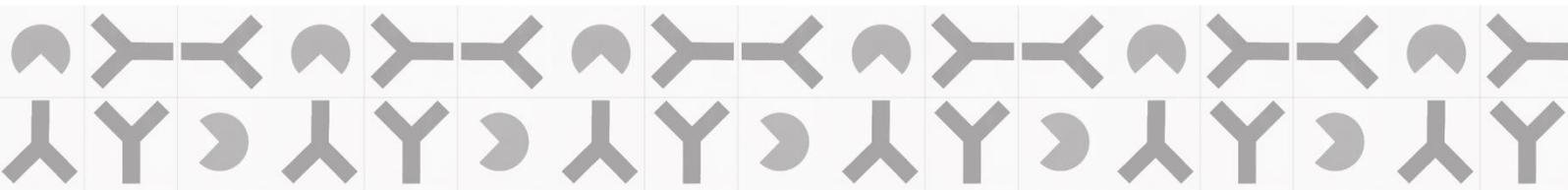
Aproveitem e colaborem com a RDD, enviando contribuições textuais, através do portal de periódicos da URCA, no endereço eletrônico: <http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/index>, e divulgando este volume nos meios digitais.

Saudações Acadêmicas!

21 de dezembro de 2021

Prof. Dr. **José Patrício** Pereira Melo

Prof. Me. **Cristóvão Teixeira** Rodrigues Silva



CONCEITO RETÓRICO DE NORMA JURÍDICA COMO NARRATIVA

RHETORICAL CONCEPT OF LEGAL NORM AS NARRATIVE

JOÃO MAURÍCIO LEITÃO ADEODATO¹**RESUMO**

O texto aborda os debates em torno do conceito de norma jurídica, problema de relevância epistemológica e prática na compreensão e aplicação do direito. Essa problematização se confunde com o próprio conceito de direito, e daí é necessário o corte epistemológico. Por isso o trabalho objetiva partir das origens do pensamento ocidental, passando pelas concepções modernas tradicionais, de origem neokantiana, para compreender o funcionalismo contemporâneo, que coloca a norma como uma estratégia para controle de complexidade, entendida como expectativa quanto ao futuro. A conclusão procura complementar a visão funcionalista, por meio de uma perspectiva retórica de expectativas como construções linguísticas, levando à tese da norma jurídica como narrativa. A metodologia retórica, a analítica do *dissoi logoi*, perpassa todo o texto, evitando juízos de valor e confrontando a evolução conceitual da norma jurídica à luz desses debates.

PALAVRAS-CHAVE: Tempo e complexidade. Função da norma jurídica. Expectativas normativas. Norma como narrativa.

ABSTRACT

The text presents theoretical frameworks, which constitute the most recent debates in the general theory of law, and exposes a concept for one of the most discussed expressions in the area, that is, legal norm, which comes to be confused with the concept of law itself. Although connecting it with the origins of Western thought, it abandons traditional conceptions of neo-Kantian origin and departs from a functionalist context that places the norm as a strategy for controlling complexity, understood as expectations about the future. It seeks to draw attention to the existential and anthropological aspect of norms, as part of human rationality, and to complement the functionalist view through a rhetorical perspective of expectations as linguistic constructions.

KEYWORDS: Time and complexity. Function of the legal norm. Normative expectations. Norm as narrative.

* Artigo recebido em 09/07/2021 e aprovado em 27/08/2021

¹ Professor titular da Faculdade de Direito de Vitória. Graduado pela Faculdade de Direito do Recife (1977), mestrado (1980), doutorado (1986) e livre docente (2011) pela Faculdade de Direito da USP e pós-doutorado na Universidade de Mainz pela Fundação Alexander von Humboldt (1988-1989). jmadeodato@gmail.com

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em uma visão retórica realista, que será esclarecida ao longo do texto, o que se chama de “norma” consiste em uma estratégia antropológica para reduzir agora a complexidade do futuro. É um dos aspectos mais relevantes da “racionalidade”, que diz respeito ao controle, não só dos comportamentos, mas também das expectativas das pessoas a respeito desses comportamentos. A norma exerce controle sobre a conduta humana de forma mediata, na medida em que controla de forma imediata as expectativas de conduta.

Para desenvolver essa perspectiva, pode-se começar pelo conceito de complexidade, uma contribuição da teoria dos sistemas, que tem em Niklas Luhmann um de seus principais nomes no século XX, inspirado em diversos antecessores, dentre os quais Talcott Parsons e Humberto Maturana. A compatibilidade entre a teoria dos sistemas e uma visão retórica da filosofia do direito, tentada aqui, já foi sugerida há algum tempo (BALLWEG, 2009, p. 128 e 137).

2 RAZÃO E TEMPO: A COMPLEXIDADE DO FUTURO

Complexidade não é uma operação desempenhada pelo sistema social. É um conceito, um instrumento para observação e descrição de qualquer contexto fático, que não precisa ser necessariamente um sistema. Nos sistemas sociais, a complexidade resulta das características de sentido, auto-referência, reprodução autopoietica e fechamento operativo; e esse fechamento se dá por meio do monopólio de um tipo operativo próprio: a comunicação.

A própria constituição da comunicação leva à hipercomplexidade, que surge de relatos sobre relatos, observações sobre observações ou descrições sobre descrições (*Beschreibungen*), incluindo auto-observações e autodescrições. Por meio dessa recursividade de comunicação sobre comunicação, as possibilidades de relações entre os elementos de um sistema crescem muito mais do que esses mesmos elementos. Por isso a comunicação se retroalimenta e é infinita (LUHMANN, 1998, p. 134-144).

O interesse retórico por essa visão da teoria dos sistemas é assim fácil de perceber. Comunicação é discurso e este é o foco de interesse da retórica.

Importante é também o conceito de expectativa, vez que a retórica vai atribuir à norma uma função antropológica tranquilizante contra a angústia do porvir. É preciso enfrentar as incertezas de um futuro irremediavelmente contingente e os riscos que oferece. Na luta contra a decepção as pessoas institucionalizam expectativas de conduta por meio de padrões. Estes são as normas, dizem como as expectativas devem ser e aparentam garantir que o futuro vai satisfazê-las.

Se a complexidade e o futuro são sempre contingentes, as instituições e normas que procuram controlar essa contingência são elas também contingentes. Isso significa que sempre serão possíveis outras alternativas que desempenhariam o mesmo papel. A complexidade cresce com a diferenciação social e diferenciação social significa que aparecem cada vez mais possibilidades de conduta no horizonte das escolhas.

As pessoas modificam algumas expectativas, outras, não. Podem mudá-las por verem probabilidade de decepção ou mesmo para adaptar expectativas já decepcionadas. Luhmann fala de expectativas cognitivas quando elas se conformam à situação e se modificam de acordo: alguém tinha a expectativa de que seria possível atravessar o rio a nado; depois de ver vários bons nadadores se afogarem, passa a ter a expectativa de que a tentativa será mortal e desiste. Se a expectativa é que a Terra é imóvel e plana e surgem demonstrações de que ela se movimenta e é esférica, a expectativa se modifica de acordo com elas e a partir daí a Terra será considerada assim. A pessoa “aprende com a experiência”, conhece empiricamente o ambiente, daí o termo “cognitiva”.

Já as expectativas normativas permanecem, apesar de terem sido decepcionadas pela experiência: alguém que foi atropelado hoje continua com a expectativa de não o ser amanhã, a decepção é, por assim dizer, ignorada. Se uma pessoa tem a expectativa normativa de não ser assaltada e o é, a expectativa de não ser assaltada no futuro permanece. O direito exerce um papel crucial ao assegurar a permanência dessas expectativas, mesmo que elas sejam eventualmente desapontadas. As expectativas são simbolicamente generalizadas e assim ocorrem as interações sociais ou “reprodução de ações” (LUHMANN, 1988, p. 139 e 392).

Isso leva a um aspecto relevante para a história das ideias, qual seja, o débito da teoria dos sistemas para com teorias normativistas, como a teoria pura do direito. De um lado, Luhmann se afasta da dicotomia colocada por elas, na medida em que não equipara o campo do dever ser ao normativo nem o campo do ser fático ao cognitivo. Para ele, o campo que exclui o dever ser não é o ser, mas o conhecer. Em outras palavras, o dever ser normativo também é vinculado ao mundo fático do ser, tanto as cognições quanto as normas referem-se ao ser, não há um mundo do dever ser. O campo cognitivo, por seu turno, opõe-se ao normativo, são atitudes mentais perante o mesmo mundo. Esta é uma diferença importante e original.

De outro lado, a interpretação ontologizada da teoria pura, que enxerga uma separação independente entre ser e dever ser, o que diminuiria sua influência sobre a teoria dos sistemas, pode ser contestada. E a distinção entre atitudes prescritivas e descritivas, que mostra nítida relação com as expectativas normativas e cognitivas, já está perfeitamente clara na concepção de ciência do direito oferecida por Hans Kelsen (2000, p. 72): ao desenvolver os conceitos de *Rechtsatz* e *Rechtsnorm*, este autor

pretende distinguir uma postura eminentemente cognitiva de uma normativa, como o faz a teoria dos sistemas.

Para esclarecer melhor a relação entre aumento de complexidade e diferenciação pode ser útil uma arqueologia etimológica, observar o surgimento e a emancipação das palavras, como tipos ideais a marcar a evolução social. Com os sofistas, a palavra *nomos* passa a ser empregada para designar uma esfera de ações e intenções humanas, cujo conhecimento não se poderia dar pelos parâmetros da *physis*, que eram privilegiados pelos filósofos da natureza, assim chamados exatamente por não distinguirem essas duas esferas. Apesar de enfrentar a oposição desses monistas, que consideravam as ações humanas também sujeitas às leis naturais, os sofistas e depois Sócrates firmaram a distinção na cultura ocidental (GUTHRIE, 1991, p. 58).

Esse campo dos *nomoi*, das normas, encontra-se com a palavra ética, que evoluíra dos seus significados primitivos de *ethos* como *habitat* de todo animal para o caráter do ser humano e daí para indicar o estudo e também as próprias regras de conduta (LIDDEL; SCOTT, 1996, p. 480; BAILLY, 2000, p. 581), por sua vez diferenciando-se em novos tipos ideais, expressos por palavras como religião, moral, direito (ARENDDT, 1980, p. 120). A palavra direito logo designa duas ideias distintas: regras impostas pelo poder do governo, de um lado, e regras superiores, emanadas de instâncias não-humanas, “naturais” (*physis*), herdeiras daquele pensamento monista anterior, segundo o qual também a aparente independência de *nomos* seria sujeita a *physis*.

O direito, entendido como direito posto, por seu turno, é dividido em sentidos objetivo e subjetivo, estes se bifurcam em público e privado, o direito privado se separa em civil, empresarial, do trabalho, o direito civil diferencia o direito de família e o direito real, o direito do trabalho se divide em individual e coletivo, a responsabilidade civil distingue-se da penal. Os juristas se enredam nas dificuldades para classificar nitidamente esses termos, mas as diferenças empíricas criadas são reconhecidas por todos e a lista de exemplos pode ser ampliada. Como expressões linguísticas diferentes pretendem se referir a fenômenos distintos, o rastreamento etimológico, mesmo sem ter resultados determinantes, ajuda como método de investigação, pois as diferenciações das palavras já indicam o caminho, como em *auctoritas* e *potestas*, *jus* e *lex* ou *law* e *right*.

Essa arqueologia conceitual indica sucessivas diferenciações e mostra como a complexidade constitui um conjunto de alternativas possíveis em determinado contexto, ou seja, tudo aquilo que pode acontecer, que está no horizonte das possibilidades presentes.

Então esta é a primeira redução na determinação das expectativas: o que é considerado possível e o que não o é, separar o que faz e o que não faz parte da complexidade. Mas é preciso atentar para o seguinte: a fronteira entre o possível e o impossível também depende do contexto, do ambiente social, isto é, das narrativas predominantes sobre o que é considerado possível e impossível. Por exemplo, a

bruxaria é possível em alguns contextos, enquanto as evidências científicas empíricas são descartadas em outros; estar em dois lugares ao mesmo tempo e reencarnar podem fazer parte da complexidade, ao passo que a evolução animal e a esfericidade da Terra podem vir a ser excluídas das possibilidades do discurso.

A história da filosofia mostra que esse conceito de possibilidade em Luhmann, vinculado aos de complexidade e expectativa, separando o possível do efetivo ou “realizado”, não é de modo algum evidente, mas apenas um dos conceitos a serem considerados. Nicolai Hartmann (1966, p. 9-10), por exemplo, aponta seis conceitos diferentes de “possibilidade” na história do pensamento ocidental.

Ele parte da análise da distinção aristotélica entre potência (*dynamis*, δύναμις) e ato (*energeia*, ἐνέργεια) e verifica que não se confunde com a dicotomia forma e matéria nem tampouco com a dicotomia possibilidade e efetividade. Ao investigar as relações entre o possível e a realidade, aponta, em primeiro lugar, o conceito de possibilidade como “potência para se tornar algo”, como a semente em relação à planta. Um segundo sentido, trazido pela chamada aporia da Escola Eleática, entende a possibilidade como o porvir, um modo de ser que é parcialmente real, algo entre o ser e o não ser, ou seja, o que é possível já existe agora. Um terceiro sentido é o da possibilidade como um modo de ser ideal permanente, pois o senso comum se equivoca ao confundir o que existe efetivamente com o que é real e há objetos que existem e não são reais: como parte do ser ideal, a possibilidade é também efetivamente existente, um triângulo retângulo existe em seu modo ideal (e não real) de ser. Em quarto lugar, possibilidade entendida como uma categoria dirigida ao futuro, sem efetividade atual, um presente com uma pluralidade de possibilidades, dentre as quais uma se efetivará. Depois, uma quinta variante entende possibilidade como algo indefinido ou indecيدido, um processo que se iniciou e aguarda completar-se para se realizar e assim tornar-se efetivo. Finalmente, a Escola Megárica identifica possibilidade com efetividade e defende que a distinção é ilusória, haja vista que só é possível aquilo que se efetiva ou vai necessariamente se efetivar, se não se efetivar é porque não era mesmo possível: só se diz que é possível chover, por exemplo, porque não se conhecem as condições causais do momento; se for possível chover, choverá, e se não chover é porque não era possível chover.

Dentro de sua concepção de complexidade, Luhmann parece entender possibilidade nessa quarta acepção – por sinal a mais próxima da linguagem cotidiana, do senso comum e dos dicionários – sem lhe dar, contudo, qualquer conteúdo ontológico: as possibilidades são constituídas pelas expectativas das pessoas e são infinitamente mais numerosas do que aquilo que se efetiva.

Afirma que a representação de complexidade na “forma de sentido”, desenvolvida em algum ponto na evolução da espécie humana, é o que torna possível a comunicação. E essa “forma” é uma unidade composta de dois lados: possibilidade e efetividade, que o autor equipara, no que denomina “uso operativo”, a potencialidade e atualidade (LUHMANN, 1998, p. 55). Observe-se a relação que estabelece

entre possibilidade e potência, de um lado, e efetividade e ato, de outro, relação que não é unânime, como dito.

3 FUNÇÃO DA NORMA DIANTE DAS EXPECTATIVAS DE COMPORTAMENTO

A função da norma, para a teoria dogmática de base kelseniana, confunde-se com seu functor deôntico, é o próprio dever ser:

A função específica de uma norma é a imposição de uma conduta fixada. “Imposição” significa o mesmo que “prescrição”, para diferenciação de “descrição”. Descrição é o sentido de um ato de conhecimento; prescrição, imposição do sentido de um ato de vontade. Descreve-se algo dizendo-se como ele é, prescreve-se algo – especialmente uma certa conduta – expressando-se como ele deve ser.²

A função da norma aqui colocada, por sua vez, toma base na concepção de Niklas Luhmann já mencionada. Ele sugere que o mundo humano é constituído por relações de sentido e que essa “comunicação” vai além dos constrangimentos genéticos da espécie, não pode ser deduzida somente deles. O conceito central que vem acompanhar o de complexidade é o de contingência. Contingência significa que outras expectativas imprevistas podem ocorrer além daquelas previamente escolhidas e complexidade, em resumo, quer dizer que há sempre mais possibilidades do que ocorrências efetivas. Assim, contingência sempre implica risco de decepção e complexidade exige seleção de possibilidades (LUHMANN, 1972, p. 31 s.).

Diferente de possibilidade e efetividade é o conceito de probabilidade. Como sempre souberam os antigos sofistas, probabilidades não são certezas quanto ao futuro e possibilidades não se confundem com dados empíricos efetivos: o mundo empírico é um infinito de possibilidades futuras e infinitos não podem ser previstos.

Precisamente para controlar e eventualmente minimizar os riscos de expectativas frustradas, a racionalidade humana cristaliza expectativas em relatos sobre como o futuro deve ser e esse fenômeno consiste em uma institucionalização. A norma é uma dessas institucionalizações de expectativas, escolhendo aquelas possibilidades que devem se realizar e aquelas que não. Ela se expressa por meio da linguagem e, no caso da norma jurídica, essa linguagem são as secularmente chamadas fontes do direito.

² KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz Verlag, 1990, p. 76: „Die spezifische Funktion einer Norm ist das Gebieten eines bestimmten Verhaltens. „Gebieten“ ist gleichbedeutend mit „Vorschreiben“, zum Unterschied von „Beschreiben“. Beschreiben ist der Sinn eines Erkenntnisaktes; Vorschreiben, Gebieten der Sinn eines Willensaktes. Man beschreibt etwas, indem man aussagt, wie es ist, man schreibt etwas vor – insbesondere ein bestimmtes Verhalten – indem man zum Ausdruck bringt, wie es sein soll.“

Tais institucionalizações são contingentes, posto que o futuro é sempre contingente, ou seja, podem se concretizar outras possibilidades, além daquelas esperadas, como visto. O papel das normas, no controle das expectativas e assim também dos problemas quanto ao futuro, é fazer com que seus destinatários percebam seus comandos como algo que vai efetivamente ocorrer e não como meras escolhas diante de diversas possibilidades. Esse dado antropológico, “o dever ser da razão”, faz o *homo sapiens* se comportar como se dominasse a contingência; fá-lo, estando no campo das possibilidades, comportar-se como se estivesse no campo da efetividade. Por isso, de uma visão antropológica, vive, literalmente, em uma fantasia (GEHLEN, 2009, p. 135).

Os relatos por meio dos quais o ser humano percebe o mundo podem ser mais ou menos influenciados por elementos supostamente considerados comuns a todos, tais como dados empíricos da percepção sensível ou estruturas lógicas de pensamento da espécie, âmbito do *logos*. Dados empíricos estes que são descritos por meio de palavras, que parecem inteligíveis para todos, como o verde dos vegetais, o azedo do limão e o postulado de que um criminoso não pode estar em dois lugares ao mesmo tempo. E estruturas lógicas, como o silogismo apodítico “se x é igual a y e y é igual a z, logo x é igual a z”. Argumentar e decidir com apoio em dados empíricos e lógicos, a depender do ambiente, constituem fortes aliados para impor determinado relato como dominante.

As escolhas feitas agora quanto ao futuro vão servir de partida para novas seleções de alternativas, vale dizer, a contingência é retroalimentada e se torna infinita, por isso o caráter imprevisível dessas seleções. Caso as expectativas passadas sejam decepcionadas no presente, ainda há a alternativa de modificá-las retroativamente e conciliá-las com o agora acontecido. Assim se altera também o passado, por meio de um relato atual, e tudo isso coopera para constituir novas expectativas quanto ao futuro e ampliar a complexidade.

Luhmann não considera a distinção kantiana entre ser e dever ser, mas classifica as expectativas em cognitivas ou normativas, segundo definidas acima. Se uma expectativa cognitiva é desapontada pelo futuro, o sujeito a reformula ou elimina. Já uma expectativa normativa, mesmo sendo contrariada no futuro, pretende a mesma validade de antes. Normas são, portanto, “expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente”. A expressão “contrafáticas” (*kontrafaktische*) se deve exatamente à relativa indiferença dessa espécie de expectativas para com os fatos, isto é, não é essencial que sejam efetivamente cumpridas (LUHMANN, 1972, p. 43).

Resumindo, o que ambas as espécies de expectativas têm em comum é sua atualidade, ou seja, elas existem no presente; o que as faz diferir é se funcionam aprendendo com a experiência ou de modo contrafático. Tanto as expectativas cognitivas quanto as normativas dizem respeito ao mundo empírico e acontecem agora, embora ambas tenham o futuro como horizonte. Para Luhmann, o conceito que se opõe ao juízo normativo, de dever, não é o de juízo descritivo, de ser, conforme colocaram David Hume,

Immanuel Kant e Hans Kelsen, mas sim o de juízo cognitivo. Tanto as normas quanto as cognições referem-se ao mundo dos eventos, aos “fatos”. Ambos os tipos de expectativas são funcionalmente equivalentes e constituem estratégias humanas para controlar racionalmente o medo do futuro e o risco de decepção. As expectativas diferem quanto ao aprendizado, segundo se modifiquem com a decepção (expectativas cognitivas) ou não (expectativas normativas) (LUHMANN, 1981, p. 73). Por isso pode-se dizer que as normas controlam o futuro e a insegurança das expectativas.

Ressalta-se aqui, portanto, a relação entre a função das normas e a angústia da morte e do futuro. Esse dado antropológico é enfatizado na modernidade, como mostram as filosofias existencialistas da angústia, o enfraquecimento das instituições tradicionais, como a família e a Igreja, e o crescimento do individualismo. A sociedade hipercomplexa é fragmentada, o indivíduo não consegue compreender seus processos, seu suposto centro é um espaço vazio. Essa complexidade traz a pressão da contingência, quer dizer, um potencial de incerteza que causa emoções desagradáveis, dentre as quais o medo do futuro. O medo seria um condensado de práticas comunicativas, fugazes, mas ao mesmo tempo eficazes, um sentimento que, como pano de fundo, norteia a própria percepção do mundo (KOCH, 2011, p. 41).

Também inspirado nas “sombras de Nietzsche”, Arnold Gehlen acredita que as instituições ajudam a “descarregar” o medo, interpõem-se como uma segunda natureza entre o ser humano e o ambiente, protegem-no de si mesmo. Por isso o enfraquecimento das instituições o desalojou no mundo moderno, não há mais “em casa” (GEHLEN, 1978, p. 125). Com ou sem o apoio de instituições eficientes, porém, é preciso lidar com as expectativas e o medo e a angústia que as acompanham.

As expectativas cognitivas e normativas constituem relatos sobre posturas mentais diante do mundo, elas não dependem da qualidade do objeto a que se referem. É um erro pensar que as expectativas sobre assertivas de fato são sempre cognitivas e aquelas sobre opiniões são sempre normativas. Aparentes fatos podem ser percebidos normativamente e opiniões podem ser objeto de análise descritiva. Depende da expectativa, não das assertivas.

Há pessoas, por exemplo, que acreditam que a Terra tem alguns poucos milhares de anos de idade e negam a teoria da evolução. A expectativa nesses casos não é cognitiva, ainda que aparente tratar-se de uma assertiva empírica, sobre supostos fatos, mas sim normativa. Demonstrações cognitivas não funcionariam nessa argumentação porque a idade da Terra e a evolução, para essas pessoas, constituem temas normativos. Da mesma maneira, discursos ideologizados podem ser observados com expectativas cognitivas, conforme procuram fazer as perspectivas analíticas ou epistêmicas.

Daí a afirmação de Blumenberg, no sentido de que, a rigor, prováveis são os fatos futuros, pois expectativas são presentes:

A retórica não lida com fatos, mas sim com expectativas. Aquilo que, em toda sua tradição, se denominou “digno de crédito” ou “verossímil” deve ser claramente

diferenciado, em sua validade prática, do que teoricamente se chama de “provável” (BLUMENBERG, 1986, p. 128).³

A mencionada separação entre os enunciados descritivos e prescritos, a partir dos conceitos gregos clássicos de *physis* e *nomos*, é retomada à sua maneira no século XVIII por David Hume, para quem enunciados prescritivos (*what ought to be*) não podem ser deduzidos de enunciados descritivos (*what is*), posição semelhante às de Kant e Kelsen. Em versões posteriores de seu trabalho, depois de sofrer críticas dos contemporâneos, Hume procura suavizar essa separação, acrescentando uma “advertência” de que a ideia original constava de um “trabalho juvenil”, que ele não mais endossava (HUME, 1990, p. 450).⁴

Nos pensadores posteriores, porém, a distinção mais rigorosa do jovem Hume foi cultivada, especialmente no campo da filosofia do direito e na epistemologia jurídica. Isso porque interessava aos juristas fazer de seus estudos uma ciência especial, com suas próprias regras, uma ciência do dever. A ideia de Hume é logo retomada por Immanuel Kant, nos conceitos de razão pura e razão prática, separando o *Sollen* do *Sein*, e é mais radicalizada no século XX por Hans Kelsen, que a toma como um dos eixos centrais do positivismo.

Não se podem deduzir normas de fatos, como querem as diversas formas de jusnaturalismo, esse postulado é um contrassenso, sem qualquer lógica. Se há um acordo sobre algum dado empírico, o que é perfeitamente possível, nada permite inferir uma norma, uma preferência valorativa sobre esses mesmos dados (KELSEN, 1990, p. 44). Pode-se concordar que alguns tipos humanos são mais baixos, de pele mais escura ou conseguem correr mais rapidamente do que outros; mas daí não se pode inferir que os indivíduos assim ou assado devem ser privilegiados ou prejudicados.

Argumentos biológicos racistas, por exemplo, são sempre irrelevantes para o direito, assim como argumentos referentes a quaisquer diferenças ontológicas, devido a essa intransponibilidade entre ser e dever ser: se uma “prova” “demonstra” que o negro tem mais ou menos isto ou aquilo do que o branco (tem mais leucócitos, menos melanina, cérebro maior, menor massa muscular etc.), não interessa o dado empírico, daí não se podem inferir demonstrativamente quaisquer normas que sejam, qualquer prescrição que se pretenda justificar por esses dados. A prescrição provém de uma escolha “valorativa”, uma tomada de posição que sempre poderia ter ido em outro sentido.

Kelsen, como discípulo de Kant, prefere dizer que um ato de vontade faz essa ponte entre ser e dever ser. Pode-se também dizer que é uma escolha de poder. Como as escolhas de poder resultam de alguma vontade, só o poder determina essa relação entre os dados empíricos e aquilo que o futuro deve

³ Rhetorik hat es nicht mit Fakten zu tun, sondern mit Erwartungen. Das, was in ihrer ganzen Tradition ‚glaubwürdig‘ und ‚dem wahren ähnlich‘ genannt hat, muß in seiner praktischen Valenz deutlich unterschieden werden von dem, was theoretisch ‚wahrscheinlich‘ heißen darf. ”

⁴ HUME, David. A Treatise of human nature, vol. III, part I, section I, de 1739. A versão posterior, a obra *Philosophical essays*, publicada em 1748, ganhou depois o título definitivo de *An enquiry concerning human understanding*.

ser. Porém, mesmo com a capacidade de causar dano, de impor uma versão contrária à vontade dos destinatários, de impedir acesso a algo que desejam, enfim, a prestação que o poder exige pode vir a não ser cumprida.

A concepção de norma jurídica como promessa atual sobre o futuro não segue, mas tampouco contradiz, o modelo positivista, segundo o qual “...o *status* deôntico das ações depende de certas decisões das autoridades normativas...”, que são assim chamadas porque essas decisões que promulgam são “normas jurídicas”. Essas normas jurídicas recortam os fatos jurídicos dos não-jurídicos e viabilizam o conhecimento do direito como “fato social” (MORESO; NAVARRO; REDONDO, 2002, p. 11). Relembre-se aqui aquela diferença importante: essa abordagem do conceito de norma, pela qual algumas formas de positivismo lhe emprestam uma função cognoscitiva, está ausente da perspectiva funcional da norma como promessa atual para controle atual de expectativas atuais sobre o futuro.

Interessante observar como a tradição das línguas neolatinas consagrou a tradução “dever ser” a partir do alemão *Sollen*, que literalmente significa apenas “dever”. O acréscimo do verbo “ser” pode ser entendido no contexto do pensamento ontológico dominante.

4 NORMA JURÍDICA COMO CONTROLE DO FUTURO

Condenada a pensar no futuro e a temer sua contingência, a partir de algum ponto em sua evolução, a racionalidade do *homo sapiens* cria a norma com a função de reduzir complexidade. A concepção de tempo varia nas diversas culturas: em algumas não se separa do espaço, em outras é cíclico, para algumas é subjetivo. A solução de Agostinho é engenhosa: como o eterno não muda, o tempo é humano, pois a mudança é humana, só na mudança há antes e depois, causa e efeito (AUGUSTINE, 1990, XI, 6, p. 378). Na cultura ocidental o tempo passa a ser imaginado de modo linear, como algo que pode ser marcado e contado, ensejando a formação e a importância das ideias de passado e futuro. A predominância da cultura ocidental nos últimos séculos encarregou-se de difundir essa cosmovisão por toda a Terra.

Tal como entendida aqui, a norma é um dos antídotos desenvolvidos para lidar com esse pensar no futuro, ao lado de presságios e todo tipo de premonição, assim como previsões empíricas como as do senso comum e as científicas, em suma, todo esse arsenal que se refere ao que supostamente está por ocorrer. Nesse sentido, a norma constitui, literalmente, uma das formas de racionalização do futuro.

Essa compulsão para pensar sobre o futuro sem a ideia de norma no controle é desagradável, assim como o pensamento de que esse futuro será negativo e deve ser temido. A norma traz racionalidade, no sentido de previsibilidade, porque institucionaliza expectativas, torna-as mais homogêneas. Mesmo para os gregos antigos, com sua fama de mundanos e sem tantas superstições, o desespero diante do

futuro da condição humana está muito presente (DODDS, 1960, p. 38-39). A única certeza do indivíduo sobre o futuro, a de que vai morrer, lhe é desconhecida e, em geral, antipática. Relembrando: as normas racionalizam esse tempo futuro, antecipam um futuro racionalizado que “deve ocorrer”, percebido sempre como “vai ocorrer”.

Entre o presente e esse fim do futuro, a complexidade é simultaneamente inevitável e intolerável. Se efetivamente considerasse atuais, presentes, todos os eventos que poderiam acontecer em uma situação, quer dizer, se pensasse em tudo aquilo que pode vir a ser em um contexto, nenhum humano conseguiria viver e agir no mundo. Não poderia, por exemplo, tomar um ônibus, se estivesse considerando que o motorista vai ter um enfarto ou que o passageiro ao lado vai assaltar a todos. As pessoas precisam se conduzir de acordo com o que as demais esperam dela, isto é, da maneira “normal”, a qual é estabelecida pelas normas, dentre as quais a norma jurídica é uma das espécies. Assim as expectativas quanto ao futuro são controladas, embora esse controle seja fictício, já que o futuro não existe para além dessas expectativas, as quais, por sua vez, são presentes.

A norma pode ser pensada como uma ideia, mas não no sentido ontológico, como um objeto perene de Platão. Uma ideia normativa é uma promessa pensada, uma imagem intencional do futuro, que é pensada agora e é comunicada agora – por meio de linguagem – como se fosse se tornar um evento real no futuro. Esse evento pode ou não ocorrer e corresponder às expectativas, o que equivale a dizer que a promessa pode ou não ser cumprida, ter ou não efetividade. Apesar de destacar a proximidade entre normas e promessas, outros autores opinam que “não seria totalmente correto ‘identificar’ a promessa com essa relação normativa” (VON WRIGHT, 1970, p. 132).

Ao considerar a norma um dos componentes ideais da razão humana, a concepção de norma colocada aqui tampouco deve ser confundida com aquela de razão como justificativa para determinadas ações ou “razões protegidas para a ação”, tal como sugerido no debate a partir da obra de Herbert Hart sobre o conceito de direito (NAVARRO; REDONDO, 1994, 45 s.). O conceito de razão como justificativa da ação, um dos sentidos mais difundidos e dominantes (“ela teve suas razões”), parece tomar como ontológico um conceito que é, como todos, oriundo do uso. A mesma falácia ontológica aparece em diversos estudos de lógica jurídica, adeptos do que denominam, na esteira de Aristóteles, “modos aléticos” (ou “de verdade”): estudam aspectos lógicos do cérebro humano e atribuem ao mundo real características que, no fundo, são simples argumentos ou *modus operandi* do próprio cérebro. Assim a necessidade é “mais forte” do que a simples verdade e esta é mais forte do que a possibilidade (ECHAVE; URQUIJO; GUIBOURG, 2002, p. 113). Esses constrangimentos lógicos, porém, não têm qualquer conexão necessária com a realidade com a qual o cérebro humano precisa lidar, pois toda realidade é contingente, “não tem lógica”.

No sentido normativo de expectativas sobre o futuro, a sociedade consiste num sistema de comunicação que reduz complexidade e controla contingências, ou seja, incertezas do mundo empírico. A norma consiste em uma das vias de comunicação que compõem tal sistema social. A linguagem normativa limita o futuro no presente ao dizer o que deve acontecer e pretender assim garantir agora o que efetivamente vai acontecer.

A norma tem, pois, a função de ajudar o ser humano a lidar com o tempo. Um dos primeiros a sugerir a tese de que o tempo é subjetivo, Agostinho conclui que o tempo é uma propriedade da alma, está ligado ao ser humano e não ao universo objetivo, ideia que vai ser retomada por Kant, dentre outros. Por isso Agostinho diz que só o presente é objetivamente real:

Há três tempos: o presente do passado, o presente do presente e o presente do futuro... O presente do passado é a memória; o presente do presente é a intuição direta [a experiência]; o presente do futuro é a esperança [ou expectativa] (AGOSTINHO, 1968, p. 364).

Percebe-se assim a importância do conceito de norma para compreender como funciona a ética dos seres humanos e como ela se insere no tempo para garantir o futuro, estabilizar agora no presente aquilo que é mero pensamento sobre o que está por vir, sem saber exatamente o que está por vir. A norma é uma racionalização ideal do futuro, uma compensação antropológica diante dessa outra característica da razão humana que é o pensar sobre o futuro e angustiar-se com ele. Essa racionalização se expressa por meio de promessas que organizam o futuro desconhecido, tornando-o confiável. As pessoas acreditam que aquilo que deve acontecer vai efetivamente acontecer; porém, porque o futuro não existe a não ser enquanto expectativa presente, as promessas nem sempre funcionam e são frequentemente frustradas, como mencionado acima.

Diante das expectativas, a promessa é um tipo de narrativa que pretende controlar o futuro, por isso toda promessa cria norma e toda norma consiste em uma promessa. Com a promessa o futuro se torna mais previsível e assim confiável. Porém o futuro é imprevisível e é constituído a cada momento por uma teia de ações e reações. Por isso as promessas podem vir a ser descumpridas, por mais sinceras que sejam, mas também é possível manter e cumprir promessas, aliviando a angústia diante da imprevisibilidade do futuro.

As normas são constituídas de relatos linguísticos, não se esqueça. Eventos ocorrem ininterruptamente ao longo do tempo e não se devem distinguir acontecimentos e “objetos”, como faz o senso comum. Objetos, como todo dado empírico, modificam-se como eventos que são, apenas essas mudanças não são tão perceptíveis pelos sentidos humanos. Por isso o ato de passar a mão nos cabelos é chamado um evento e um computador, um “ob-jeto”, “posto adiante”, “à frente”. Essa “ob-jetividade” dos “ob-jetos” é ilusória, como tudo no mundo empírico, eles também estão no fluxo irrepitível do rio de Heráclito. A única maneira de perceber, compreender, dominar esses eventos é mediante narrativas.

Os relatos cristalizam a fluidez dos acontecimentos e assim possibilitam alguma forma de conhecimento, ainda que antropomórfica.

Não se pense que esse conceito de narrativa dominante ou relato vencedor deve ser entendido somente como outra denominação para “realidade”. Este nome demonstra a prevalência da perspectiva ontológica, pois vem de *res*, “coisa”, como se o mundo fosse constituído de objetos, coisas que jazem adiante. Já os eventos são considerados “fatos”, acontecimentos irremediáveis, também coisificados ou reificados de uma vez por todas, são o que são. Para a perspectiva retórica, a narrativa dominante é, antes de tudo, apenas temporariamente dominante. Ela está eternamente sendo revista, emendada, criticada, tanto pelas narrativas anteriormente derrotadas quanto por novas narrativas. E é circunstancial, depende das vicissitudes e variações históricas e geográficas.

Diferentemente das formas puras de Kant, que condicionam subjetivamente o conhecimento de qualquer ser humano, o relato vencedor é fruto de escolhas de quem tem poder: é possível que consista no relato da maioria, dos mais cultos, dos mais bem armados, dos mais coesos, dos mais ricos. Assemelha-se ao conceito de “assertividade garantida”, de John Dewey, tal como criticado por Bertrand Russell:

César atravessou o Rubicão? Eu consideraria uma resposta afirmativa como inalteravelmente necessária para um evento passado. Dr. Dewey decidiria se responder sim ou não mediante uma apreciação de eventos futuros... [...] Se eu achar muito desagradável a crença de que César atravessou o Rubicão, [...] posso, se tiver habilidade e poder suficientes, arranjar um ambiente social em que a afirmação de que ele não atravessou o Rubicão terá “assertividade garantida” (RUSSELL, 1993, p. 780).⁵

Se a linguagem constrói o passado e modifica os relatos da memória, sobre aquilo que supostamente já ocorreu no tempo e foi percebido por todos, mais ainda ela constrói o futuro, que ainda não existe. Essas expectativas são narrativas que cada pessoa faz a si mesma e que as pessoas fazem entre si, cujo amálgama resulta aproximadamente no que o senso comum e a ciência tradicional chamam de “realidade” ou “mundo real”.

5 CONCLUSÃO

A perspectiva da norma como narrativa procura sair do funcionalismo sistêmico, como se tentou demonstrar, abandonando suas pretensões científicas de desvelar características e leis sociais.

⁵ “Did Caesar cross the Rubicon? I should regard an affirmative answer as unalterably necessitated by a past event. Dr. Dewey would decide whether to say yes or no by an appraisal of future events... [...] If I find the belief that Caesar crossed the Rubicon very distasteful, [...] I can, if I have enough skill and power, arrange a social environment in which the statement that he did not cross the Rubicon will have ‘warranted assertability’”.

De uma perspectiva retórica, há narrativas internas (autorelatos), narrativas que as pessoas contam a si mesmas, que tanto podem permanecer ocultas quanto se exteriorizar na comunicação, interagir e se mesclar com os relatos das demais pessoas (heterorelatos), além de ganhar outros significados que os próprios narradores não conseguem controlar.

A linguagem intersubjetiva ganha assim uma espécie de vida própria, na medida em que seu significado não é determinado pelo orador nem pelo ouvinte, nem simplesmente é auto-determinado. Foi esse fenômeno que Hegel, à sua maneira, percebeu como “espírito objetivo” (*objektiver Geist*) ou “objetividade espiritual” (*geisthafte Gegenständlichkeit*) e inseriu em sua metafísica ontológica. Assim como o espírito objetivo, só a linguagem humana se aparta tanto do emissor quanto do receptor (GEHLEN, 2009, p. 130 s.).

Fiel a uma postura cética, a perspectiva retórica entende que não só a linguagem científica, mas toda linguagem se compõe de paradigmas, que de alguma maneira controlam os significados dos significantes e constituem um “holismo semântico”, o qual faz todo significado depender de contexto. Daí a “incomensurabilidade” da linguagem e seus tradicionais problemas de ambiguidade, vagueza e porosidade (NAVARRO, 1997, p. 16-18 e 50). E daí a importância da norma, não exatamente como texto, mas sim como mecanismo narrativo de controle individual e social.

6 REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. What is authority? *In*: ARENDT, Hannah. **Between past and future**: Eight exercises in political thought. New York: The Viking Press, 1980, p. 91-141.

AGOSTINHO. **As confissões**. Rio de Janeiro: Editora das Américas, 1968.

AUGUSTINE. **The city of God**. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, p. 165-696.

BAILLY, Anatole. **Dictionnaire Grec Français** (rédigé avec le concours de E. Egger). Paris: Hachette, 2000 (27e. ed.).

BALLWEG, Ottmar. **Analytische Rhetorik**: Rhetorik, Recht und Philosophie. Frankfurt a. M.: Peter Lang, 2009.

BLUMENBERG, Hans. **Wirklichkeiten in denen wir leben** – Aufsätze und eine Rede. Stuttgart: Reclam, 1986.

DODDS, Eric Robertson. **Los griegos y lo irracional**. Madrid: Revista de Occidente, 1960.

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Astrea, 2002.

- GEHLEN, Arnold. **Der Mensch** – seine Natur und seine Stellung in der Welt. Wiebelsheim: Aula-Verlag, 2009.
- GEHLEN, Arnold. Bürokratisierung. *In*: GEHLEN, Arnold. **Einblicke**. Frankfurt a. M.: Klostermann, 1978, p. 125-140.
- GUTHRIE, William Keith Chambers. **The sophists**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- HARTMANN, Nicolai. **Möglichkeit und Wirklichkeit**. Berlin: Walter de Gruyter, 1966.
- HUME, David. **An enquiry concerning human understanding**. Col. Great Books of the Western World, vol. 33. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.
- KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich, 2000.
- KELSEN, Hans. **Allgemeine Theorie der Normen**. Wien: Manz-Verlag, 1990.
- KOCH, Lars. Angst in der verwalteten Welt. Emotive Kulturkritik bei Jünger, Gehlen und Adorno. **Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik**, H. 159 (2011), p. 41-58.
- LIDDEL, Henry George; SCOTT, Robert (comp.). **A Greek-English Lexicon**. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- LUHMANN, Niklas. **Rechtssoziologie**. Reinbeck bei Hamburg: Rowohlt, 1972.
- LUHMANN, Niklas. **Ausdifferenzierung des Rechts** – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1981.
- LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme** – Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1988.
- LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1998, Teilband I.
- MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo; REDONDO, Cristina. **Conocimiento jurídico y determinación normativa**. México: Fontamara, 2002.
- NAVARRO, Rolando R. **La inconmensurabilidad en el lenguaje**. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1997.
- NAVARRO, Pablo; REDONDO, Cristina. **Normas y actitudes normativas**. México: Fontamara, 1994.
- RUSSELL, Bertrand. **History of Western Philosophy** – And its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day. London: Routledge, 1993.
- VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norma y acción** – Una investigación lógica, trad. Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Tecnos, 1970.

A DIALÓGICA E O VALOR SOCIAL DO TRABALHO: A SÍNDROME DE BURNOUT E O LABOR DO PROFESSOR DURANTE A PANDEMIA PELO SARS-COV-2**DIALOGUE AND THE SOCIAL VALUE OF WORK: BURNOUT'S SYNDROME AND THE TEACHER'S LABOR DURING THE PANDEMIC BY SARS-COV-2**MATHEUS SOLETTI ALLES¹**RESUMO**

O artigo tem como objeto de estudo o desenvolvimento da *Síndrome de Burnout* na atividade laboral exercida pelo professor durante a pandemia pelo novo *coronavírus*. No ensaio, a partir das inovações desenvolvidas pela modernidade do ensino, principalmente no ensino à distância e sua ampla propagação, analisa-se o confinamento, a sobrecarga de trabalho e as exigências de produtividade inerentes ao cargo do professor, onde o desenvolvimento educacional resta atrelado à condição de distanciamento interpessoal. Aborda-se o enfrentamento pelos respectivos profissionais dos novos desafios impostos pelo *coronavírus*, em um estado de esgotamento psicológico o que torna um ambiente propício para o desenvolvimento de transtornos e principalmente de doenças ocupacionais. Com o que, nessa conjectura de adversidades, objetiva-se progressão da atividade de ensinar durante o isolamento social por intermédio do conceito da dialógica e da promoção do trabalho como valor social, através da construção de redes de sociabilidade que auxiliem na inclusão, no respeito e reconhecimento recíproco à dignidade do ofício do professor.

PALAVRAS-CHAVE: Professor. *Coronavírus*. Saúde. Ensino. Modernidade.

ABSTRACT

The article has as object of study the development of Burnout Syndrome in the work activity performed by the teacher during the pandemic due to the new coronavirus. In the essay, based on the innovations developed by modern teaching, mainly in distance learning and its wide spread, the confinement, work overload and productivity requirements inherent to the position of the teacher are analyzed, where educational development remains linked to the condition of interpersonal distance. Approaches to the confrontation by the respective professionals of the new challenges imposed by the coronavirus, in a state of psychological exhaustion which makes an environment conducive to the development of disorders and especially occupational diseases. With that, in this conjecture of adversity, the objective is to progress the activity of teaching during social isolation through the concept of dialogic and the promotion of work as a social value, through the construction of sociability networks that assist in inclusion, with respect and mutual recognition of the dignity of the teacher's profession.

KEYWORDS: Professor. Coronavirus. Cheers. Teaching. Modernity.

* Artigo recebido em 16/07/2020 e aprovado em 13/08/2021.

¹ Mestrando em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pós graduando em Direito do Trabalho pela Universidade federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e em planejamento tributário pela Faculdade Brasileira de Tributação (FBT) E-mail: alles.mths@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Os multifatores que acompanham a globalização modificam constantemente as relações interpessoais dos seres humanos. Cotidianamente, verifica-se um afastamento da relação entre sujeitos para uma aproximação de relações por redes de informação, através da elaboração de plataformas online e de diversas metodologias telemáticas.

Contudo, esse distanciamento da relação entre seres humanos, conexo ao avanço tecnológico, depara-se com um panorama inédito – a pandemia global pelo *Sars-Cov-2*, o *novo coronavírus* – o que leva a indagar a existência de uma manutenção da relação humana e do próprio conceito de humanidade através da possibilidade de substituição do aspecto de co-humano em virtude do afastamento necessário pelos efeitos oriundos da pandemia

Em razão da pandemia a escala crescente do desenvolvimento de atividades à distância perpassava como forma obrigatória de manutenção dos liames sociais e da consecução de atividades econômicas, porquanto o contato presencial passou a constituir risco à saúde coletiva.

É nesse cenário que se depara o ofício de professor e o ensino à distância. A atividade desenvolvida pelo ser humano capacitado para ensinar o outro caminha por um ambiente de incertezas e por manifesto acúmulo de labor, em que deve fomentar a própria motivação e a motivação de outros estudantes constantemente.

Em que pese o excesso da carga horária laboral do professor já estaria ensaiada pela massificação de cursos e do surgimento de novas instituições de ensino, as medidas de prevenção ao contágio viral propulsionaram, de forma massiva, a expansão do ensino à distância, impondo novos contornos, necessidade de novas capacitações e expansão do profissional da área.

Eis que se apresenta o problema de pesquisa do presente artigo, através do questionamento de que o ofício do professor durante a pandemia contribui para o desenvolvimento da *Síndrome de Burnout* e compromete o valor social da respectiva atividade, aumentando características da situação e do ambiente laboral que promovam esgotamento profissional, tensões e estresses crônicos.

Dessa forma, como forma de análise da problemática apresentada, divide-se o presente artigo, em um capítulo inicial onde será abordada a modernidade, o ensino à distância e os efeitos do *coronavírus*, como forma de compreensão dos reflexos dos avanços tecnológicos na atividade de ensino e dos novos desafios originados pela conjectura pandêmica atual.

Posteriormente, abordar-se-á a análise sobre a possibilidade do desenvolvimento da *Síndrome de Burnout* no labor dos professores durante o *coronavírus*, sob a ótica do acúmulo de produtividade e dos impactos da referida doença ocupacional no território brasileiro.

Por derradeiro, como solução a problemática apresentada será desenvolvida noção do valor social do ofício de professor no ensino à distância através da promoção de atividades dialógicas.

Sendo que, para a consecução do artigo apresentado adota-se como conjunto de técnicas de metodologia através da investigação da realidade inerente ao ambiente laboral moderno e de sua ação recíproca, a partir da distinção e classificação de conceitos como: dialógico, dialética, ensino e valor social.

Empregar-se-á o método de pesquisa procedimental histórico com a análise do ambiente laboral como forma de examinar seus desdobramentos e influências no cenário atual, apropriando-se, outrossim do método comparativo, monográfico, estatístico e tipológico, com a confrontação de fenômenos sociais complexos que possibilitam o enfraquecimento das relações interpessoais entre seres humanos, através do uso massivo da tecnologia como manutenção da atividade principal das instituições de ensino em meio ao contágio viral da pandemia causada pelo coronavírus.

O artigo pauta-se em método de interpretação sociológico, através da noção de direito como fenômeno desenvolvido no espaço e no tempo, para que se propicie uma visão efetiva da contemporaneidade dos liames laborais e de seu impacto social, ocorrendo à tipologia da pesquisa relacionada à natureza teórica e quanto aos objetivos de forma exploratória, descritiva e explicativa, por intermédio de análises bibliográficas e documentais.

2 A MODERNIDADE, O ENSINO À DISTÂNCIA E O NOVO CORONAVÍRUS

O sociólogo Anthony Giddens, já no final do século XX elaborava ensaios sobre o que pode ser definido como modernidade, realizando reflexões sobre expressões fortemente utilizadas no século seguinte, sobre o conceito vinculado a uma “sociedade de consumo” ou “sociedade da informação”. À época a modernidade era destacada como a caracterização de um processo de incertezas, sobre eventos não compreendidos plenamente pela sociedade e que aparentavam estar, constantemente, fora de controle (GIDDENS, 1991).

A dubiedade sobre projeções nas mais diversas áreas abarcadas pela tecnologia concedeu particular relevância à palavra *modernidade*, afastando conceituações sobre pós-modernidade, a partir de uma constatação de um passado definido e um futuro conjecturável (LYOTARD, 1985), sendo o cenário de imprevisibilidade propício para os reflexos da globalização, principalmente no que tange as recorrentes modificações das relações interpessoais, através do trabalho, consumo e até mesmo do convívio comum.

A imprevisibilidade não importa na perspectiva negativa, porém necessária ao conceito moderno. O imprevisível atua como incerto, sendo a amplitude da ausência de previsão fator que

propulsiona os próprios reflexos da globalização e caracterizam aquilo que pode ser visto como moderno (GIDDENS, 1991)

É nesse fluxo contínuo com a criação de inúmeras redes flexíveis de comunicação pelo globo terrestre que se manifesta o ensino no mundo globalizado. O ensino atua como fator nuclear para a consecução da troca de informações através de meios que superam barreiras geográficas, temporais e permitem os seres humanos adquirirem conhecimento.

O vocábulo *ensino* vincula-se ao ato de ensinar, de transmitir conhecimentos e determinadas competências (SACCONI, 2010), dando ênfase a necessidade de conhecimento, não exclusivamente para o *em*, mas também ao outro, sendo sua disseminação interpessoal pretendida e praticada há muitos anos pelos seres humanos.

A pretensão da humanidade de que o distanciamento entre pessoas não obste a qualidade do ensino, reforçou o ato de “ensinar à distância”, da mesma forma em que a própria distância trouxe um viés de aproximação, não existindo um espaço específico para o ato de ensinar, que pode atuar inclusive no ambiente privado. Lorenzo García Aretio (1994, p. 24-27) aponta marcos históricos importantes que caracterizam o ensino à distância desde o século XVIII, onde o jornal *The Boston Gazette* oferecia materiais de ensino e tutoriais por correspondência.

No século XIX, o sistema elaborado por Isaac Pitman que ensinava taquigrafia por correspondência postal, sendo no século seguinte escolas de educação por correspondência no globo terrestre como a *New Zeland Correspondance School* em 1922, a Universidade da África do Sul (UNISA) em 1946 e a *Open University Britânica*, em 1969 cuja ministrava o ensino de nível superior à distância.

A construção do ensino e o anseio pelo ato de ensinar, como se pode extrair da expansão histórica de sua disseminação, paira por perspectivas culturais e de educação permanente através de requerimentos individuais e profissionais de grupos que pretendem adquirir conhecimentos que auxiliem no crescimento educacional e social (HOIMBERG, 1977), bem como por perspectivas socioculturais para que o ensino possa obter exímia exploração demográfica, por um conceito de *democratização dos estudos* (ARETIO, 1994), sem prejuízo as perspectivas econômicas e pedagógicas inerentes ao ato de ensinar.

Atualmente o ensino à distância por mais que mantenha a produção de conexões de tempo e espaço diversas, promove a aproximação contínua de sujeitos através de transmissões em tempo real, em que subsiste a conversação tanto simulada quanto imediata, por intermédio de meios tecnológicos. Contudo, alguns elementos que permitem a troca de conhecimento tornam-se mitigados pela distância do ensino. O fator principal nesse eixo é a própria mediação, de suma importância para a construção e novos vieses, que no ambiente virtual simulado, a exemplo, resta limitada à própria programação e configuração do conteúdo perpassado.

[...] um método de conversação didática guiada, orientada para a aprendizagem. Por meio da interação dos alunos com cursos pré-produzidos, há uma conversação simulada constante entre autores e alunos, e, por intermédio da comunicação escrita, telefônica e interativa com professores, uma conversação real. (COELHO, 2002, p. 24)

Nesse contexto, inclusive, que pode ser extraído o primeiro conceito de educação à distância pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao ser definida como:

A educação a distância é a modalidade educacional na qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorre com a utilização de meios e tecnologia de informação e comunicação, com estudantes e professores desenvolvendo atividades educativas em lugares ou tempos diversos (BRASIL, Decreto nº 5.622, de 19 de dezembro de 2005)

Sendo que, posteriormente, o Decreto nº 5.622, de 19 de dezembro de 2005 foi revogado pelo Decreto nº 9.057, de 25 de maio de 2017, ampliando o conceito de educação à distância, conforme o art. 1º, para um aspecto amplo sobre o ofício desenvolvido pelos profissionais, inserindo a necessidade de qualificação e elaboração de políticas de acesso, acompanhamento e avaliações compatíveis para o desenvolvimento do ensino.

Art. 1º Para os fins deste Decreto, considera-se educação a distância a modalidade educacional na qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorra com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com pessoal qualificado, com políticas de acesso, com acompanhamento e avaliação compatíveis, entre outros, e desenvolva atividades educativas por estudantes e profissionais da educação que estejam em lugares e tempos diversos. (BRASIL, Decreto nº 9.057, de 25 de maio de 2017)

Dessa forma, como labor e como algo aferível pela sociedade tem-se que o ensino à distância acompanha vorazmente as novas formas de organização do trabalho e o contexto demandado pela sociedade globalizada, o que demandou maior participação do profissional capacitado para propagar os ensinamentos gerais e específicos demandados pela comunidade global.

Em dados divulgados pela Diretoria de Estatísticas Educacionais (DEED) no Censo de Educação Superior de 2018, ministrado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), verifica-se que houve um significativo aumento do número de ingressos em cursos de graduação, dentre os anos de 2008 até 2018, conforme destacado no gráfico abaixo:



Nota: Número de ingressos em cursos de graduação, por modalidade de ensino – Brasil – 2008-2018, realizado através do Censo da Educação Superior 2018 pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. (BRASIL, 2019)

De acordo com os dados divulgados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) houve uma variação positiva de 27,9% de ingressantes na modalidade de ensino à distância entre 2017 e 2018, quando um déficit de 3,7% na modalidade de ensino presencial. Além do que, entre 2007 e 2018 houve um aumento de 196,6% do número de ingressos nos cursos à distância (BRASIL, 2019, p. 15).

O ensino se torna ato cada vez mais compartilhado, em que reúne pessoas de diferentes locais geográficos em um ambiente de mediação, onde o mediador se reveste no ofício do professor para, teoricamente, ser alcançada a consecução das atividades propostas em determinado plano de estudo. O professor é aquele que está apto a ensinar, a desenvolver a atividade de ensino através de sua maestria e preparação, dentro do conceito de compartilhamento de informações.

No entanto, a conjectura atual impõe novos desafios ao ensino à distância e principalmente a sua necessária e precisa participação, que deverá implicar no compartilhamento do ensino em período de restrição de relações interpessoais de maneira presencial. O desafio está justamente na manutenção do fator mediação como construção de um ensino amplo mediante novos paradigmas, a relação tempo e espaço e a própria consecução da atividade do professor se depara ao vocábulo ensinar em seu caráter de expansão, onde a necessidade de alcance geral pode colocar em risco a formação de novos saberes por mitigação do processo de ensino através do diálogo entre professores e alunos com a incursão de um ambiente mecanicista, onde o conteúdo fica adstrito as configurações tecnológicas, possibilitando até mesmo o papel de protagonismo da atividade de ensino do mecanismo e não do ensinador. Ou seja, nesse desafio o conteúdo programático é levado, porém a sua continuidade, ramificação ou até mesmo desconstrução encontra esta nova barreira que demanda ainda mais atenção na atual conjectura.

Isso porque, desde 11 de março de 2020, foi declarado pelo Diretor Geral da Organização Mundial de Saúde (OMS), Tedros Adhanom o estado de pandemia causado pelo Sars-Cov-2², conhecido, popularmente, como *novo coronavírus*.

Em dados coletados até o dia 14 de julho de 2020, somente no território brasileiro haveria acumulado 1.926.824 casos, sendo que destes casos 74.133 pessoas vieram a óbito em virtude do vírus³.

O estado de pandemia, que também foi declarado em solo nacional levou a alterações de modificação da forma do trabalho, com restrições e encerramento provisório das atividades presenciais em lugares públicos e privados, dentre eles escolas e universidades, como forma de proteção e combate a disseminação do *coronavírus*.

Entretanto, ante ao crescente aumento do ensino à distância e conseqüentemente da privação das atividades presenciais de ensino, surge o questionamento sobre os novos desdobramentos enfrentados pela atividade do professor durante a pandemia.

A atividade contemporânea do professor na pandemia situa-se na modernidade como fator de incerteza e de alterações descontínuas (GIDDENS, 1991), em que o papel por ele desempenhado se torna de suma relevância para a consecução do ensino como princípio fundamental ao desenvolvimento da sociedade.

Em estudo divulgado pelo Instituto Península, em março de 2020, sobre o “*Sentimento e percepção dos professores brasileiros nos diferentes estágios do Coronavírus no Brasil*”, registrou-se que 60% dos professores entrevistados passaram a dedicar-se mais ao estudo na preparação de aulas, faculdades, concursos, cursos online, sendo que quando questionados sobre a forma de apoio que carece ou considera importante receber no momento, as palavras que se destacam são: aula, psicológico, informações, saúde, emocional⁴.

O que leva a análise protecionista e preventiva da saúde do professor durante a pandemia, principalmente no que tange a uma possibilidade de esgotamento através do labor do ensino à distância, conforme será analisado a seguir.

3 O DESENVOLVIMENTO DA SÍNDROME DE BURNOUT NO LABOR DO PROFESSOR DURANTE A PANDEMIA

² Notícia retirada do portal eletrônico da Universidade Aberta do Sistema Único de Saúde (UNA-SUS). Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Data de acesso: 15/07/2020, às 17h39.

³ Dados retirados da plataforma do governo de monitoramento de casos do Coronavírus. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Data de acesso: 15/07/2020, às 17h43.

⁴ Pesquisa de sentimento e percepção dos professores brasileiros nos diferentes estágios do Corona vírus no Brasil”; Instituto Península, 2020. Disponível em: https://www.institutopeninsula.org.br/wp-content/uploads/2020/03/Pulso-Covid-19_-Instituto-Peni%CC%81nsula.pdf. Data de acesso: 15/07/2020, às 18h37.

Através dos ensinamentos de Domenico De Masi (1999, p.240) para a compreensão do respectivo item, pode ser feita um raciocínio análogo à constatação realizada sobre a famosa pintura de Napoleão sobre o cavalo branco, em que era retratado como um homem sereno, sobre um “*cavalo irado*”. Domenico De Masi, afirma que, contrariamente a Napoleão, inúmeros trabalhadores estariam irados como o cavalo, pelas pressões inerentes à concorrência, competição global, produtividade, eficácia e eficiência.

Nesse ambiente e no respectivo estado de oscilação comportamental destaca-se a *Síndrome de Burnout* em que o trabalhador manifesta ansiedade, desmotivação, irritação, alteração significativa do humor e sensações de cansaço crônico, podendo ser definida como:

[...] uma condição psicológica que se assemelha ao estado de “exaustão” decorrente de algo que se queima, uma combustão física e emocional que pode acometer trabalhadores submetidos a situação de estresse crônico, a exigências radicais e a contatos relacionados que demandam permanentemente consumo de suas energias físicas e emocionais. (TRINDADE, 2014, p. 580)

O advogado e psicólogo, Jorge Trindade, enfatiza os aspectos psicojurídicos relacionados à *Síndrome de Burnout* e seu crescimento na sociedade moderna, ao descrever que:

A Síndrome de Burnout, por suas próprias características, e incidência cada vez maior numa sociedade apressada e veloz, com exigências econômicas prementes e alicerçada no lucro, e não no prazer da atividade em si, desumanizada e carente de valores superiores, constitui um problema de saúde pública, seja pelo absenteísmo laboral que cria, seja pela perda da qualidade e da quantidade de trabalho que implica. [...] O trabalho não pode se tornar uma “droga”, um vício, uma nova adição no mundo moderno, algo que precisa ser consumado de forma permanente, voraz, prejudicial e incontrolável. Ao contrário, o trabalho, mesmo que constitua uma condição necessária e obrigatória da condição do homem o mundo, deve ser encarado como fonte saudável de sustento, de gratificação e alegria. O trabalho, portanto, é um meio para viver melhor e pode ser, também, um instrumento de socialização e de autorrealização. (TRINDADE, 2014, p. 581-582)

A *Síndrome de Burnout* como doença ocupacional é reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto-Lei 6.042/07, permitindo, quando constatada o afastamento do trabalhador de suas funções laborais e a respectiva assistência da Previdência. O reconhecimento como doença ocupacional está precisamente, na parte final do dispositivo, no inciso XII da tabela de “*Transtornos mentais e do comportamento relacionados com o trabalho (Grupo V da CID-10)*”. (BRASIL, 2007).

Constata-se que sua definição tem amparo direto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente no permissivo do art. 7º, inciso XXII, cuja estipula como direito fundamental dos trabalhadores o meio ambiente laboral sadio e seguro, objetivando a melhora da condição social e redução dos riscos do ofício desempenhado, através da saúde, higiene e segurança.

A *Síndrome de Burnout*, observada sua propagação pelas condições laborais, ganha campo propício de ocorrência no labor do professor durante a pandemia, onde a possibilidade de sua incidência pode ser constatada pelo estudo outrora mencionado, realizado pelo Instituto Península, ao instante em que os professores percebem que carecem de apoio psicológico durante o período de restrição.

O professor, necessariamente, precisou acelerar sua capacitação perante os procedimentos e promover através das instituições de ensino e da própria ação governamental a implementação dos meios necessários que viabilizem a consecução do ensino aos estudantes e ante aos desdobramentos inerentes aos avanços dos meios telemáticos, a carga de trabalho dos professores tornou-se cada vez mais elevada, principalmente, de forma contemporânea, em virtude o novo *Coronavírus*.

Nesse aspecto a respectiva Síndrome pode ser vista como:

O Burnout nos professores não aparece de forma brusca, mas constitui a fase final de um processo contínuo que vai se gestando e que se identifica com sinais tais como: sensação de inadequação ao posto de trabalho, sensação de falta de recursos para afrontar o labor de professor, sentimento de carecer da formação necessária, diminuição da capacidade para a resolução dos problemas, carência de tempo suficiente, etc. O Burnout do docente se caracterizaria por uma exaustão dos recursos emocionais próprios, em que são comuns atitudes negativas e de distanciamento para com os alunos e a valorização negativa de seu papel profissional.(STEPHAN, 2013, p.70)

Durante a pandemia, o ofício do professor torna-se propício para o desenvolvimento da *Síndrome de Burnout* em decorrência da própria ausência de relação interpessoal com outras pessoas, principalmente com os próprios colegas de trabalho, produzindo um isolamento forçado. Da mesma forma, em que, analogamente, se encontra a prejudicada a própria relação entre alunos para o professor que não só prejudica o próprio conhecimento dos primeiros, como o ofício do profissional de ensino que paira a incerteza de ter um conhecimento de forma mais contundente daquilo que demanda sua atividade principal de labor.

Não obstante, o ensino a distância, nesse âmbito, encontra dificuldade para sua consecução no que diz respeito a motivação ao estudante e ao desenvolvimento e fornecimento de materiais que possam elevar e melhorar sua aprendizagem (ARETIO, 1994), atividades que são inerentes ao ofício do professor.

A *Síndrome de Burnout* no trabalho do professor manifesta-se além da quantidade massiva de labor demandado, na mácula que impede a incorporação de argumentos relativos à convivência (DEJOURS, 2006), prejudicando aspectos de sociabilidade que protegem o próprio ego do trabalhador através da sensação de autorrealização e a sua saúde mental, sendo o ego conceituado na ótica *freudiana* de auto-observação que permite a construção de um ideal autocrítico pela própria consciência do trabalhado e pela sensação de pertencimento (FREUD, 2006, p. 104)

Nesse sentido torna-se relevante a interpretação do trabalho pensada por Robert Castel, ao enunciar que:

Existe, de fato, uma forte correlação entre o lugar ocupado na divisão social do trabalho e a participação nas redes de sociabilidade e nos sistemas de proteção que “cobrem” um indivíduo diante dos acasos da existência. Donde a possibilidade de construir o que chamei, metaforicamente de “zonas” de coesão social. Assim, a associação trabalho estável – inserção relacional sólida = caracteriza uma área de integração. Inversamente, a ausência de participação em qualquer atividade produtiva e o isolamento relacional conjugam seus efeitos negativos para produzir a exclusão, ou melhor, como vou tentar mostrar, a desfiliação. A vulnerabilidade social é uma zona intermediária, instável, que conjuga a precariedade do trabalho e a fragilidade dos suportes de proximidade. (CASTEL, 1998, p. 24).

Da leitura do referido ensaio verifica-se o prejuízo produzido pelo coronavírus como forma de macular as denominadas “zonas de coesão social”, produzindo a vulnerabilidade do trabalho do professor, ao mesmo tempo em que é exigida massiva produção intelectual para o desenvolvimento do ato de ensinar demandado durante o respectivo cenário, auxiliando na produção de uma sensação entre insuficiência e esgotamento mental.

Logo, se manifesta o desenvolvimento do ensino, pelo professor, mediante a consecução do valor social do seu trabalho, para que possa ser analisado o estabelecimento dos laços de sociabilidade, contudo, gerando o questionamento de como esses liames sociais podem ser constituídos e reforçados durante a pandemia.

4 O VALOR SOCIAL DO TRABALHO DO PROFESSOR NO ENSINO À DISTÂNCIA E A DIALÓGICA

O *Google*, entre os anos de 2009 e 2010, buscou a criação do denominado *Google Wave* como uma forma de cooperação entre sujeitos, principalmente entre especialistas de determinado tema, para promover uma conversa cooperativa, através da coleta de dados e discussões, sendo o procedimento realizado, em maior parte, à distância.

Um dos participantes foi o sociólogo e professor da Universidade de Nova York, Richard Sennett, convidado para participar, aderiu a um grupo que buscava reunir informações e criar políticas do processo migratório em Londres (SENNETT, 2013). Ocorre que o procedimento adotado pela *Google* não obteve êxito, segundo Sennett, o insucesso do *Google Wave* estaria adstrito na implementação de uma metodologia dialética mecanicista, em que a cooperação fundava-se exclusivamente em uma tese para a

apresentação de uma antítese e conseqüentemente a produção de uma síntese, sendo que estaria afastada um procedimento dialógico desta interação social *online*.

A dialética, nesse sentido, se trataria de uma dialética de competência (MARKERT, 192) entre o trabalho e o ensino, sendo a própria competência fator limitador e, portanto, restritivo da dialógica.

A partir disso, manifesta-se o questionamento se o ensino à distância produzido como fatores de ideias, contraideias e resultados, de forma mecânica para a produção de conteúdo, não padronizaria a atividade do professor, aumentaria sua carga de trabalho mecânico e elaboraria um local favorável ao desenvolvimento da *Síndrome de Burnout* durante a pandemia.

Ainda que integrante da dialética, porém mediante uma natureza incerta e sua exploração estaria a dialógica utilizada como reforço da sociabilidade, sendo entendida a sua finalidade como o exame das coisas sobre uma “*complexidade de aspectos para enxergar os muitos lados de qualquer questão ou prática, permitindo essa mudança de foco que as pessoas se tornem mais calmas e objetivas em suas reações*” (SENNETT, 2013, p.332).

No paradigma de objetivações calmas e concisas, bem como de uma visão complexa da conjectura do ofício do professor ressalta-se também o valor social do labor, em que permite a operacionalização no ensino à distância, através do próprio ambiente de *ciberespaço*.

O profissional de ensino perpassa por atividades relacionais que interferem na produção do conteúdo ensinado, na aplicação deste conteúdo e também nos reflexos posteriores. Essas construções e influências inerentes ao labor afetam a um conjunto de trabalhadores tanto de relações diretas e indiretas com o trabalho realizado, sendo o arcabouço dessas influências mecanismos que contribuem para a valorização do ser.

Esta valorização ultrapassa o universo profissional e também da própria atuação somente do professor, possuindo relação direta com aspectos comuns da vida humana, como lazer, amizades, família, entre outros, tanto do laborador quanto daqueles que possuem contato com a atividade por ele exercida.

Por essa razão, a partir da premissa do direito como medida reflexa de proteção, orientação e aplicação de prerrogativas construídas pela sociedade, aborda-se o valor social do trabalho numa perspectiva jurídica, mediante uma dimensão de fundamentação, orientação e crítica (LUÑO, 2005). O valor social do labor deriva de uma fonte relacional que atribuiu a visualização do ser trabalhador do outro para também possibilitar a visualizar uma autocrítica do seu “*eu*”, por essa razão que se fala no aspecto jurídico como metodologia para conceituação do valor social do trabalho e também da divisão em dimensões fundamentadoras, orientativas e críticas.

A visão fundamentadora está no arcabouço de direitos que o valor social do trabalho também pode propiciar, a partir do próprio labor, direitos sociais e civis, permitindo uma sensação de autorrealização e dignidade do trabalhador que vai além da contraprestação financeira. A visão

orientativa, por sua vez, está na própria influência da fundamentação na realização de novos meios ou diplomas sobre a matéria, onde o valor social do trabalho atua como ponto de partida para a elaboração de outras normas. E por derradeiro, o viés crítico como forma de análise de aplicações já concretas, a fim de aferir se o valor social do labor está sendo – de fato – tutelado (ARAÚJO, 2017).

O valor social do trabalho, apresentado como elemento que garante a proteção e o acesso do trabalhador aos postos de trabalho, no contexto de uma economia submetida à intervenção do Estado Democrático de Direito, cujo escopo é manter o respeito ao ser humano como fim primordial de suas ações. Desse modo, devem ser inseridos mecanismos que garantam acesso e proporcionem a proteção social do trabalho e dos trabalhadores, conferindo dignidade na relação de trabalho, com o objetivo de promover uma conformação mais sólida das formas de proteção social ao valor social do trabalho, para além da esfera do direito do trabalho. (ARAÚJO, 2017, p. 132)

Nesta pesquisa, o valor social do trabalho encontra análise perante o ambiente do ciberespaço, que pode ser assim definido:

O ciberespaço é concebido e estruturado de modo a ser, antes de tudo, um espaço social de comunicação e de trabalho em grupo. Portanto, o saber já não é mais o produto pré-construído e “midiaticamente” difundido, mas o resultado de um trabalho de construção individual ou coletivo a partir de informações ou situações midiaticamente concebidas para oferecer ao aluno ou ao estudante oportunidades de mediação (ALAVA, 2002, p. 14)

De forma concomitante ao ambiente e a necessidade de uma participação concisa na atividade profissional desenvolvida pelo professor, denota-se também que o objeto da atividade, o ensino revela manifesta importância, devendo ser ministrado com fulcro nos princípios estabelecidos no rol de incisos do art. 206 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que assim prevê:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
VII - garantia de padrão de qualidade.
VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (BRASIL, 1988)

O respectivo dispositivo constitucional manifesta em seu axioma a tríade que embasou a Revolução Francesa de “*igualdade, liberdade e fraternidade*”, carregando o aspecto universal da Revolução, cuja pretende levar o reconhecimento e respeito recíproco dos seres humanos independentemente de segregações.

Comparando com as duas outras grandes revoluções políticas da Modernidade, a Revolução Gloriosa na Inglaterra (1688) e a Revolução Americana (1776), vê-se que estas últimas tinham ideais bem mais modestos: rule of law, recusa da taxaço sem representação, ampliação da participação da sociedade no poder político, respeito ao direito de propriedade, garantias processuais, liberdade de pensamento e imprensa. Todos os direitos pretendidos eram direitos dos cidadãos, e não direitos dos seres humanos em geral. A Revolução Gloriosa dizia respeito aos ingleses, a Revolução Americana, aos americanos. A Revolução Francesa pretende ter algo a oferecer à toda humanidade, um credo universal para revolucionar todos os laços sociais e políticos em todo o mundo. Como toda revolução religiosa, ela implica uma “revolução moral”. Para a Revolução Francesa, a vida social e política só é legítima se estiver a serviço da tríade liberdade, igualdade e fraternidade, tríade que integra uma moral universal, válida para todos os seres humanos. (BARZOTTO, 2019, p. 111)

Assim, no que diz respeito ao ensino, de forma universal, a igualdade atua como fator isonômico ao acesso ao saber para todos os seres humanos, perpassando o conceito de liberdade não só referente ao indivíduo que está sendo ensinado, mas também ao ato de ensinar desenvolvido pelo professor, com base no livre pensamento e por fim, a fraternidade de forma mais institucional entre a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino e, posteriormente, de caráter interestrutural a partir do inciso V do permissivo do art. 206 da Carta Cidadã.

A importância do ensino, através da atividade realizada pelo professor, principalmente à distância, considerando os aspectos trazidos pela modernidade, guarda relação com a criação de confiança de sistemas abstratos (GIDDENS, 1991), em que o ofício de ensinar equipara-se a perícia precedente à abstração, onde a palavra do professor pressupõe respaldo técnico objeto de anseio pelo estudante.

Em condições de modernidade, o futuro está sempre aberto, não apenas em termos de contingência comum das coisas, mas em termos de reflexividade do conhecimento em relação ao qual as práticas sociais são organizadas. Este caráter contratual, orientado para o futuro, da modernidade é amplamente estruturado pela confiança conferida aos sistemas abstratos – que pela sua própria natureza é filtrada pela confiabilidade da perícia estabelecida. [...] A fidedignidade conferida pelos atores leigos aos sistemas peritos não é apenas uma questão – como era normalmente o caso no mundo pré-moderno – de gerar uma sensação de segurança a respeito de um universo de eventos independentemente dado. É uma questão de cálculo de vantagem e risco em circunstâncias onde o conhecimento perito simplesmente não proporciona esse cálculo mas na verdade cria (ou reproduz) o universo de eventos como resultado da contínua implementação reflexiva desse próprio conhecimento. (GIDDENS, 1991, p. 96)

É em consequência do aspecto universal do ensino e da confiança depositada na técnica do ofício que se encontra a atividade e o peso da responsabilidade da atividade desenvolvida pelo professor, transparecendo o valor social de seu trabalho tanto para si, quanto para o outro, uma vez que o valor social do respectivo labor se encontra em sua própria natureza heterogênea, principalmente no que diz respeito à identidade social do laborador que pelo ambiente laboral e através da atividade desenvolvida ingressa numa multiplicidade de redes de sociabilidade.

A construção da identidade se faz no interior de contextos sociais que determinam a posição dos agentes e por isso mesmo orientam suas representações e suas escolhas. Além disso, a construção da identidade não é uma ilusão, pois é dotada de eficácia social, produzindo efeitos sociais reais. A identidade é uma construção que se elabora em uma relação que opõe um grupo aos outros grupos, com os quais está em contato. (CUCHE, 1999, p. 184)

A interatividade e a interpessoalidade do trabalho revelam os aspectos que fundamentam a denominação do *valor social do trabalho*, onde a construção de laços de reconhecimento, confiança e valorização do ser humano trabalhador por terceiros e por si mesmo, consolidam a sociedade e definem o valor do trabalho como sistema adstrito ao esforço humano e método de autorrealização do ser.

Nacionalmente, o *valor social do trabalho* é asseverado como princípio fundamental da República Federativa no Brasil, conforme estatui o art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, o ofício de professor, como valor social, paira na necessidade da construção de laços de sociabilidade para além da dialética, mesmo que em campo indefinido, desde que ocorra a coparticipação de sujeitos, em que a própria participação, diversidade, reconhecimento e respeito mútuo, auxiliem na promoção de um ambiente saudável e interativo que possa minimizar e inclusive afastar o desenvolvimento de síndromes e doenças psicossociais, principalmente no cenário pandêmico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova organização laboral demandada pela pandemia promove o distanciamento social e acumula a necessidade de produção do ofício desempenhado pelo professor para a consecução do ensino, em sentido amplo, influenciando tanto no aspecto da sua vida privada como na vida dos alunos influenciados pela atividade desempenhada, onde há o aumento individual de trabalho e a limitação do conteúdo a ser produzido em razão do ensino.

O acúmulo de tarefas desempenhado pelo profissional e sua visão como ser humano que também carece de relações interpessoais em decorrência do vírus contribuem para o desenvolvimento de

doenças ocupacionais como a *Síndrome de Burnout*, estabelecendo oscilações no comportamento do professor, esgotamento, dentre demais sintomas que prejudicam a sua saúde.

Dessa forma, torna-se necessária a valorização social de seu trabalho, através da ideia de reconhecimento e respeito recíproco do ensino, promovendo-se não somente atividades exclusivamente de produção de conteúdo ao estudante, mas também de coparticipação entre sujeitos, mediante uma abordagem dialógica, onde o reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos e deveres, corroboram aspectos de capacidade que permitem a formação e a autociência de sua identidade.

Com o que o cenário delineado, reclama um reconhecimento mútuo entre seres humanos e uma reorganização do labor volvido aos efeitos de sociabilidade que buscam promover a cooperação, a responsabilidade e a confiança no ambiente de trabalho – de modo que o ciberespaço possa constituir uma zona de coesão social.

O valor social do trabalho do professor durante a pandemia torna-se imprescindível para uma formulação técnica e saudável entre sujeitos, com a estruturação e desenvolvimento de conteúdo de maneira coparticipativa, em que cada ser humano possa sentir-se integrado a uma comunidade, com base na confiança e na perícia depositada no ser responsável pelo ato de ensinar. A sociabilidade cumpre importante papel para o reconhecimento do sujeito para seu próprio labor, onde o *burnout* torna-se protagonista em sua ausência, mediante o esgotamento da atividade do profissional para que obtenha sua autorrealização.

Com o que, através dos fundamentos apresentados neste estudo, busca-se o fomento na construção e participação em redes de sociabilidade, em que seja afastado não somente dos professores, mas de todos os seres humanos o sentimento de carência de formação necessária e diminuição de capacidade resolutiva para problemas supervenientes, a fim de que a inserção abrupta e descontrolada de mecanismos tecnológicos não substitua o aspecto relacional e das questões de sociabilidade que formam o valor social do trabalho, em detrimento da consecução de direitos sociais e civis dos trabalhadores.

Afinal, a tecnologia não pode substituir a humanidade, mas sim facilitar os aspectos genuínos de sua manutenção e da manutenção dos benefícios até então construídos pelos seres humanos, não visualizando, no eixo estudado, o professor como um mero produtor e reproduzidor de conteúdo, mas como um ser de direitos e deveres que vão além do universo exclusivamente profissional.

6 REFERÊNCIAS

ALAVA, S. (Org.). **Ciberespaço e formações abertas: Rumo a novas práticas educacionais**. Porto Alegre: Artmed Editora, 2002.

ARAÚJO, J.M. Valor social do trabalho na Constituição Federal de 1988: instrumento de promoção de cidadania e de resistência à precarização. **Revista de Direito Brasileira**. vol. 16. n. 7, pp. 115-134. São Paulo, abril 2014.

ARETIO, Lorenzo Garcia. **Educación a distancia hoy**. Madrid: UNED, 1994.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. A justiça constitucional francesa e o princípio da fraternidade no caso Cedric Herrou. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 204. Ano 45. p. 109-118. São Paulo: Ed. RT, agosto 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 5.622, de 19 de dezembro de 2005**. Regulamenta o art. 80 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5622.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%205.622%2C%20DE%2019%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202005.&text=Regulamenta%20o%20art,e%20bases%20da%20educa%C3%A7%C3%A3o%20nacional>.. Data de acesso: 16/07/2020, às 10h53.

BRASIL. **Decreto 9.057, de 25 de maio de 2017**. Regulamenta o art. 80 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9057.htm#art24>. Data de acesso: 16/07/2020, às 11h09.

BRASIL. **Decreto-Lei 6.042 de 12 de fevereiro de 2007**. Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, disciplina a aplicação, acompanhamento e avaliação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP e do Nexo Técnico Epidemiológico, e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6042.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%206.042%2C%20DE%2012%20DE%20FEVEREIRO%20DE%202007.&text=Altera%20o%20Regulamento%20da%20Previd%C3%Aancia,Epidemiol%C3%B3gico%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias>.. Data de acesso: 16/07/2020, às 11h10.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). **Censo da Educação Superior 2018**: notas estatísticas. Brasília, 2019.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

COELHO, Nelly Novaes. **Literatura infantil**: teoria, análise e didática. 7. ed. São Paulo: Moderna, 2002.

CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru: EDUSC, 1999.

DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2006.

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora S.A., 1999.

FREUD, S. Psicologia de grupo e a análise do ego. In; FREUD, S. **Edição standard brasileira de obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Vol. XXVIII, pp. 77-154. Rio de Janeiro, Imago, 2006.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

HOLMBERG, B. Distance education a survey and bibliography. Londres: Kogan Page, 1977. In: ARETIO, Lorenzo Garcia. **Educación a distancia hoy**. Madrid: UNED, 1994.

LYOTARD, Jean-François. The post-modern condition. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1985. In: GIDDENS, Anthony. **As consecuencias da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

LUÑO, A. E. P. Dimensiones de la igualdad. Madri: Dykinson, 2005. In: ARAÚJO, J.M. Valor social do trabalho na Constituição Federal de 1988: instrumento de promoção de cidadania e de resistência à precarização. **Revista de Direito Brasileira**. vol. 16. n. 7, pp. 115-134. São Paulo, abril 2014.

MARKET, Werner. Trabalho e comunicação: reflexões sobre um conceito dialético de competência. **Educação & Sociedade** [online]. 2002, v. 23, n. 79 [Acessado 16 Agosto 2021] , pp. 189-211. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0101-73302002000300010>>.

SACCONI, Luiz Antonio. **Grande dicionário Sacconi**: da língua portuguesa: comentado, crítico e enciclopédico. São Paulo: Nova Geração, 2010.

SENNETT, Richard. **Juntos: os rituais, os prazeres e a política da cooperação**. 2ªed. Rio de Janeiro: Record, 2013

STEPHAN, Cláudia Coutinho. **O princípio constitucional da dignidade e o assédio moral no direito do trabalho de Portugal e do Brasil**. São Paulo: LTr, 2013

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

A INTERVENÇÃO FEDERAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**FEDERAL INTERVENTION IN THE STATE OF RIO DE JANEIRO DURING THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988: NEED FOR PRESERVATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS***ARYÊTHA TURBANO RIBEIRO¹**FRANCISCO PABLO FEITOSA GONÇALVES²***RESUMO**

O presente trabalho possui como objetivo principal analisar o processo interventivo no Rio de Janeiro e as violações aos direitos fundamentais. Deste modo, especificamente, aborda o Pacto Federativo, a construção do modelo Federal no Brasil, autonomia dos Entes, hipóteses de supressão desta, e a Intervenção Federal, conceituando-a e explicando seus pressupostos e aplicação. Observa-se o caso do Rio de Janeiro, estudos e denúncias referentes às ofensas aos direitos por parte do Estado, fazendo um aparato histórico sobre direitos fundamentais e seu posicionamento na Constituição Federal, analisando as ações públicas interventivas contrárias às normas legais, tendo a figura das entidades internacionais atuando de forma direta no Brasil. A presente pesquisa desenvolveu-se com natureza descritiva e exploratória, consistindo em um estudo de pesquisa bibliográfica e análise de documentos para analisar a Intervenção Federal no Rio de Janeiro como medida de execução da segurança pública e sua influência direta nos direitos fundamentais da população.

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção Federal. Violações. Direitos Fundamentais. Constituição Federal.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze the intervention process in Rio de Janeiro and violations of fundamental rights. Thus, specifically, it addresses the Federative Pact, the construction of the Federal model in Brazil, autonomy of the Entities, hypotheses of suppression of this, and the Federal Intervention, conceptualizing it and explaining its assumptions and application. The case of Rio de Janeiro, studies and complaints regarding the rights offenses by the State, making a historical device on fundamental rights and their position in the Federal Constitution, analyzing the intervening public actions contrary to legal norms, having the figure of international entities acting directly in Brazil. This research was developed with descriptive and exploratory nature, consisting of a study of bibliographic research and document analysis to analyze the Federal Intervention in Rio de Janeiro as a measure of execution of public security and its direct influence on the fundamental rights of the population.

KEYWORDS: Federal Intervention. Violations. Fundamental Rights. Federal Constitution.

* Artigo recebido em 16/03/2021 e aprovado em 24/09/2021.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Doutor Leão Sampaio - UNILEÃO e Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri - URCA. aryethaturb@gmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA; Especialista em Direito da Administração Municipal pela Faculdade de Juazeiro do Norte - FJN; Especialista em Sociologia e História pela Universidade Regional do Cariri - URCA; Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP (foi bolsista CAPES/PROSUP); Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. pablogoncalves@leaosampaio.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A federação, forma de Estado adotada no Brasil para fins de organização político-territorial e pode ser conceituada como a união indissolúvel dos entes federativos que possuem autonomia política e que se encontram sujeitos a um sistema comum de controle de cumprimento das leis e da Constituição.

A Intervenção, por sua vez, ainda de acordo com Paulo Bonavides (2003, p. 236) constitui medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, o que pode acontecer apenas com base nas hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional, e com o objetivo de preservar a unidade da federação, a soberania, as autonomias dos entes federativos e, claro, a própria CRFB/88.

A intervenção federal, especificamente, se refere à possibilidade de intervenção da União nos Estados e Distrito Federal e encontra-se prevista nos artigos 34 e 36, Capítulo VI, da Constituição Federal de 1988, que explicita o rol de situações que ensejam a decretação dessa condição, excetuando as condições de “normalidade”, onde não há que se falar nessa interferência direta.

A intervenção poderá ser decretada de ofício pelo Presidente da República, por solicitação do Poder Legislativo ou Executivo, e nos casos que envolvem o judiciário, por requisição dos tribunais superiores deste poder. Na vigência da Constituição Federal de 1988, a intervenção federal foi decretada, de fato, em dois estados da federação, sendo estes: Roraima e Rio de Janeiro, ambos no ano de 2018 (dois mil e dezoito).

A justificativa para tomada dessa medida se deu no Estado do Rio de Janeiro, de acordo com o Governo Federal, por causa dos níveis de violência urbana exorbitantes. Esta foi instituída por meio do Decreto nº 9288/18, com o objetivo de “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro”.

À vista disso, há que se relacionar a busca da redução da criminalidade tendo em vista a segurança pública, com uma medida extrema que teve como consequência à violação de direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, uma vez que não há que se falar em efetividade da medida ou diminuição dos índices de crimes tal como homicídios, tráfico e organizações criminosas, mas sim em uma imposição de tratamento desumano, degradante e cruel, além da intensificação das ofensas aos direitos fundamentais, atingindo principalmente os moradores das comunidades onde as operações militares e policiais eram e são constantes, independentemente de estar em vigência uma intervenção federal no Brasil.

Por serem os primeiros casos de intervenção federal após quase 30 anos de vigência da Constituição Federal, tal fato ocasionou grande repercussão social, inclusive por parte de Organizações

Internacionais, a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA). Com a ampla atuação da Força Armada, há a preocupação com o controle e proteção dos civis, além das violações a direitos humanos, uma vez que esta medida deveria ser usada exclusivamente para questões militares em relação a inimigos do Estado. As organizações, portanto, se manifestaram no sentido do impacto a ser causado pela instituição da intervenção nas comunidades mais pobres, principalmente em relação à afrodescendentes.

Além de repudiar a mudança no Código Penal Brasileiro que transfere à Justiça Militar a competência para julgar homicídios dolosos praticados contra civis por militares, sendo anteriormente competência da justiça comum, onde estes passariam pelo processo de plenário e júri.

Dessa forma, o trabalho desenvolvido terá natureza descritiva e exploratória e consistirá em um estudo de pesquisa bibliográfica e análise de documentos e busca analisar a Intervenção Federal no Rio de Janeiro como medida de execução da segurança pública e sua influência direta nos direitos fundamentais da população.

2 AS FORMAS DE ESTADO

A expressão “formas de Estado” diz respeito à forma de organização do poder dentro dos territórios, de forma geográfica. Na Grécia Antiga, os gregos estruturaram seus Estados de duas formas: em uma delas, o poder estava concentrado apenas em uma unidade, enquanto na outra, havia uma divisão.

O Estado se divide em três: Estado Unitário, Confederação e Federação. No Estado Unitário, não há qualquer descentralização do poder. Existem três subdivisões dentro deste, sendo estas: Estado Unitário Puro, onde o poder é absolutamente centralizado dentro do território; o Estado Unitário Descentralizado Administrativamente, hipótese onde o poder continua concentrado nas mãos do governo, porém, este institui pessoas que atuarão de forma a se fazer cumprir as decisões que são emanadas desse comando (PADILHA, 2014).

Existe, ainda, o Estado Unitário Descentralizado Política e Administrativamente. Neste, há certa discricionariedade em relação à aplicação das ordens impostas pelos governantes, além do fato de administrativamente ser delegado aos sujeitos o dever de fazer com que tais ordens sejam aplicadas, cumulativamente com a descentralização política, que abre margens para uma maior participação ativa de tais sujeitos na tomada de decisões.

Já na Confederação, há uma base advinda de tratados internacionais. Os Estados, com sua soberania, se unem em razão de questões como segurança ou economia. Aqui, uma vez que esses entes são dotados de tal soberania, há a possibilidade de exercer o direito de secessão, ou seja, podem se

desagregar. Por fim, há o caso da Federação, onde há a descentralização do poder e a junção dos Estados Federados, autônomos entre si, mas não soberanos, como estudaremos de forma mais completa no próximo tópico.

2.1 FEDERALISMO: ORIGEM, CONCEITO E HISTÓRICO NO BRASIL

O Federalismo, modelo de organização político-territorial, consiste na união indissolúvel dos Entes Federativos. Ou seja, quando se adota o modelo de Estado Federal, tais entes passam a ser dotados de autonomia política e se encontram sujeitos a um sistema comum de controle de cumprimento das leis e da Constituição Federal.

Estado Federal é o todo, dotado de personalidade jurídica de Direito Público Internacional. A União é a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público interno, autônoma em relação aos Estados e a que cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro. Os Estados-membros são entidades federativas componentes, dotadas de autonomia e também de personalidade jurídica de Direito Público interno. (SILVA, 2013, p. 102)

Ou seja, os entes federados são autossuficientes, e a União representa a totalidade. Não existe relação de hierarquia ou subordinação internamente, mas no plano internacional, a República Federativa do Brasil exerce soberania em relação a outros estados soberanos.

No que concerne, historicamente, ao Estado Federal:

A antiguidade a rigor não conheceu o fenômeno federativo com as características usualmente ostentadas no Estado moderno. O que os gregos, por exemplo, denominavam Federação é aquilo que os modernos chamam Confederação. A Federação propriamente dita, não a conheceram nem praticaram os antigos, visto que a mesma, tanto quanto o sistema representativo ou a separação de poderes, é das poucas ideias novas que a moderna ciência política inseriu em suas páginas nos três últimos séculos de desenvolvimento. (BONAVIDES, 2003, p. 230)

Dessa forma, faz-se necessário salientar que as características que conhecemos do Estado Federal moderno não se assemelham de forma completa ao modelo de Estado que figurava em sociedades antigas, como no caso da Grécia. Embora os ideais federalistas tenham sido, de certa forma, observados nesta época, a doutrina é majoritária quanto ao surgimento do federalismo como conhecemos.

No ano de 1781, nos Estados Unidos, foram publicados os chamados “Artigos de Confederação”, onde as treze colônias norte-americanas se uniram como forma de conseguir sua própria

independência e se proclamaram como “Estados Soberanos”, buscando preservar sua autonomia, liberdade e independência.

Dessarte, os Estados Unidos da América estiveram diretamente subordinados à Coroa Britânica, e esse controle causou inúmeros conflitos internos, principalmente pelas limitações impostas pela Inglaterra. O parlamento inglês passou a realizar atos e aprovar leis que taxavam alguns produtos, como o açúcar (*Sugar Act*, 1764). Além disso, o governo britânico também estabeleceu o ato conhecido como *Stamp Act*, no ano de 1765, que taxava todos os documentos que eram disseminados nas colônias.

Diante de toda a arbitrariedade e com o objetivo de se livrar do controle direto dos ingleses e com a criação de leis, taxas, impostos, entre outros, que atuavam de forma opressiva, deu-se início a Guerra da Independência (1775-1783). Os representantes das colônias se uniram para deliberar sobre esta subordinação à coroa e daí surgiram os Artigos da Confederação, já citados anteriormente, onde os Estados passaram a figurar como livres e independentes, sem poderes especiais ou órgãos hierarquicamente superiores, com suas constituições estaduais.

No que diz respeito a tal liberdade:

A política de liberdade nos Estados significava a dominância absoluta do legislativo. Não somente o governador, que representava o princípio do mando do magistrado, era destituído de maior parte do seu poder, mas em muitos Estados o Judiciário também foi tornado subserviente aos legislativos. Decisões judiciais e prazos de mandato eram controlados pelos legisladores, bem como salários e emolumentos [...]. Praticamente todas as noções tradicionais de separação dos poderes foram abandonadas nos Estados. O pressuposto dominante era que um governo livre é aquele em que o legislativo era o próprio povo. (KRAMNICK, 1993, p. 9)

A partir desse momento, o federalismo ainda não era o principal protagonista, uma vez que as colônias funcionavam como uma confederação, preservando as respectivas soberanias, mas em decorrência de toda a confusão e desordem que isto causou os representantes ligados aos estados, mais especificamente, James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, criaram a obra chamada “*Federalist Papers*” (Os Artigos Federalistas), que ensejou a elaboração da Constituição dos Estados Unidos, no ano de 1787, adotando o sistema do federalismo.

Sobre este assunto:

Já que o vínculo confederativo não modifica a estrutura das relações entre os Estados, uma vontade política unitária só se forma quando o equilíbrio político impele nessa direção; mas não impede graves conflitos e profundas divisões em caso contrário. Podem apresentar três situações típicas. Em primeiro lugar, se existe uma perfeita convergência de interesse entre os Estados, é possível chegar facilmente a decisões comuns. Em segundo lugar, como acontece mais frequentemente, se existem divergências, as decisões não podem ficar senão em compromissos entre interesses

contrastantes [...]. Em terceiro lugar, se as posições dos Estados são inconciliáveis, isto é, tão distantes que não permitam um compromisso, então nenhuma decisão será possível. (LEVI, 1998, p. 219)

Por conseguinte, no Estado Federal há a figura da descentralização do poder, de forma que este não fica concentrado nas mãos de apenas um ente, mas é dividido entre todos, dado o fato de que estes poderão se organizar e administrar nas esferas política, administrativa e legislativa, além de existir a divisão de responsabilidades e competências.

Seguido de uma forte influência norte-americana, o Estado Federal surge no Brasil com a Proclamação da República no ano de 1889. Durante a Primeira República (1889-1930), o governo Brasileiro instituiu a Federação, por meio do Decreto nº 1, de 15/11/1889, transformando as então províncias em Estados-membros e instituindo os “Estados Unidos do Brasil”.

Neste sentido, faz-se necessária uma abordagem explicativa mais aprofundada:

Em sua origem, a federação brasileira não resultou de um acordo entre as unidades políticas pré-existentes, tal como na experiência norte-americana, mas sim da desagregação do Estado Unitário que, sob a forma de governo monárquico, estabeleceu-se a partir da independência, em 1822. As unidades territoriais no Império, chamadas “Províncias”, foram organizadas a partir do governo central, que indicava seus presidentes entre os membros da elite política que estivessem desvinculados das regiões que iriam governar. Por essa razão, sempre houve dificuldades no Brasil para compreender a federação como um pacto entre partes livres e iguais, tendo em vista que os arranjos institucionais e políticos dominantes estendiam aos Estados a vontade das elites dirigentes do país. (MAUÉS, 2005, p. 65)

Isto é, há que se falar em um caminho de grandes mudanças históricas e políticas iniciadas durante o Império, que adotava, essencialmente, o sistema centralizador, e embora o Brasil estivesse dividido em províncias, e estas dispusessem de seus representantes internos, os mesmos eram nomeados diretamente pelo Imperador, como propõe a Carta Maior de 1824. Dessa forma, não havia qualquer descentralização do poder.

O Brasil se tornou independente no ano de 1822, com isso, Dom Pedro legitimou-se como Imperador, outorgando a Constituição de 1824, a primeira constituinte. A partir desse momento, o cenário interno entrou em colapso, tendo em vista que o poder exercido pelo imperador, conhecido como poder moderador, não era aceito, uma vez que este se direcionava a atender unilateralmente os anseios da coroa, causando revoltas populares.

Além da crise interna enfrentada pela monarquia, a perspectiva internacional também não era favorável ao Brasil Imperial, uma vez que os ideais colonizadores eram monárquicos absolutistas, além do fato de que ocorreram mudanças também na cena política europeia, no ano de 1830, onde os ideais liberais se sobrepuseram sobre os absolutistas, com a interrupção do governo de Carlos X, rei da França.

Por fim, os movimentos, tanto populares, quanto elitistas, como por exemplo, dos produtores agrícolas, começaram a acontecer de forma a lutar pela descentralização do Brasil Imperial, e em decorrência de todas as crises, Dom Pedro I abdicou do trono no ano de 1831. Apesar disto, a inquietação popular persistiu, e no ano de 1834, foi publicada a Lei n.º 16, de 12 de agosto de 1834 que adotava aspectos federalistas, de acordo com o modelo adotado nos Estados Unidos.

A segunda Constituição e primeira promulgada no Brasil foi a constituinte de 1891. Nesta, o modelo adotado para o Estado Brasileiro era o modelo Federal, seguindo o que já havia sido afirmado desde a proclamação da República, conforme estabelecido nos artigos 1º e 2º da mesma:

Art. 1º A Nação Brasileira adota como forma de governo, sob o regimen representativo, a Republica Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitue-se, por união perpetua e indissolúvel das suas antigas provincias, em Estados Unidos do Brazil.

Art. 2º Cada uma das antigas provincias formará um Estado, e o antigo municipio neutro constituirá o Districto Federal, continuando a ser a capital da União, emquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte. (BRASIL, 1891)

Como se pode observar, o estado federal esteve vigente desde a Primeira República no Brasil, o que torna necessária uma análise do federalismo a partir dos anos 1930, com isso, é essencial citar que em relação direta com a crise que assolou o mundo nos anos 30 e a queda do liberalismo político-econômico, ocorreu, então, no Brasil, a Revolução de 1930 e conseqüentemente se deu início a “Era Vargas” (1930-1945), período onde o país voltou a caminhar pelo sistema do centralismo, suprimindo quase que de forma completa a autonomia e independência dos Estados-Membros e concentrando dos poderes nas mãos do Governo Central.

Durante esse período, Getúlio Vargas demitiu todos os governadores dos Estados no Brasil, apenas com exceção do Governador de Minas Gerais, e nomeou como novos governadores os tenentes que participaram da Revolução de 1930, ficando estes responsáveis pelos Estados, embora estivessem submetidos à obediência ao Código dos Interventores, que controlava a ação dos mesmos.

Após o fim do Estado Novo (1937-1945), o país passou por transformações e mudanças, saindo de um regime autoritário para um regime democrático, e retornando ao modelo do federalismo que durou apenas até o ano de 1964, onde os militares assumiram o poder e se instaurou o Regime Militar (1964-1985), período marcado pelo autoritarismo, repressão e supressão, tanto da autonomia e liberdade dos Estados quanto a sua forma de organização política e administrativa, quanto em relação aos direitos fundamentais dos civis.

Com o fim do regime militar ditatorial de centralização política e a promulgação da Constituição Federal de 1988, superada a chamada “Crise do Federalismo Brasileiro”, se estabelece novamente o

regime democrático no país e mais uma vez o federalismo volta a ser destaque. Sendo positivado na mesma:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: Art. 18. A organização político-administrativa da República federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

De acordo com Reis:

O que marca o conceito de descentralização é a idéia de uma estrutura jurídica única, mas pluralista, uma vez que a manifestação política no Estado dá-se, por excelência, pela capacidade para criar o direito e para organizar as instituições políticas segundo o sistema único positivado. Assim, a descentralização política define uma pluralidade de ordens jurídicas, ordenando-se e coordenando-se numa estrutura total, conformada por ordens jurídicas acopladas harmoniosa e complementarmente. (REIS, 2000, p. 22)

Dessa forma, é importante salientar que o conceito de Estado Federal anteriormente exposto, passa a ser, de forma definitiva, o modelo adotado no Estado Brasileiro, sendo estudada de forma mais aprofundada e complexa a seguir.

2.1.1 O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO E A AUTONOMIA POLÍTICA DOS ENTES FEDERADOS

O Brasil é regido pelo princípio do Pacto Federativo. A Constituição Federal determina a soberania da República Federativa do Brasil, enquanto os entes federativos gozam de autonomia política, isto é, capacidade de auto-organização e autoadministração, sem estabelecimento de vínculo hierárquico ou de subordinação entre eles.

Segundo Maia (2007, p. 71), “Todos os entes federativos são autônomos, autonomia está assentada na capacidade de auto-organização, de autogoverno e de autoadministração”. A referida autonomia está intimamente ligada ao sistema de repartição de competências, onde cada unidade autônoma detém prerrogativas constitucionais.

Nesse sentido:

O contrato federal significa o acordo entre as diversas comunidades territoriais para a formação de uma comunidade política mais ampla. Tal contrato só é possível se houver o interesse compartilhado de pertencer a uma comunidade mais ampla. O contrato

significa: 1) que as comunidades transferem parte dos seus poderes para um centro político nacional, 2) que há consenso das partes envolvidas em torno das políticas que estabelecerão a comunidade política - o que significa delimitar o campo de ação de cada esfera de governo e (4) que há garantia constitucional e institucional de autonomia para cada ente federativo, o que significa autonomia para constituir seus governos. (SOARES, 1997, P. 42)

Há para os entes federados a capacidade de se autogovernar, ou seja, podem escolher seus próprios representantes nas esferas do Executivo e Legislativo, por meio de eleição, além de possuírem o poder e dever de se auto organizar, podem elaborar sua Constituição, além de normas administrativas e tributárias, é importante salientar que o município também está incluído entre os entes.

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Além de algumas das tipologias do federalismo já citadas anteriormente, faz - necessário citar o Federalismo Assimétrico e Simétrico no Brasil. No primeiro, pressupõe-se uma desigualdade dos Entes em relação à União, e esta deverá agir de modo a eliminar tais desigualdades. A presença deste modelo pode ser observada no art. 3º, III, da Constituinte de 1988, que apresenta a seguinte redação: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Já no Federalismo Simétrico, temos a figura de inúmeros fatores, sendo estes, dentre outros, culturais e até mesmo linguísticos. A expressão de simetria diz respeito diretamente à relação da União com os Estados Membros, partindo da idéia de que há igualdade entre os mesmos.

Explica Dirceô Torrecilhas:

O ideal no sistema federal simétrico é que: cada Estado mantenha, essencialmente, o mesmo relacionamento para com a autoridade central; a divisão de poderes entre os governos centrais e dos Estados seja virtualmente a mesma base para cada componente político e o suporte das atividades do governo central seja igualmente distribuído. (TORRECILHAS, 2000, P. 62)

Sobre os municípios, nos ensina Ferrari:

O art. 24 refere-se apenas à União, Estados e ao Distrito Federal, não incluindo nesse elenco a figura do Município, admitindo a competência suplementar apenas em relação aos Estados. O art. 30, II, veio, de certa forma, suprir a falha do art. 24; não criando competência para o Município, mas admitido que ele tenha competência legislativa suplementar da legislação federal e estadual, naquilo que couber, ou seja, dentro dos assuntos de interesse local. (FERRARI, 2001, P. 59)

Dessa forma, é importante ressaltar que a repartição de competências é elemento essencial à efetivação do sistema federal justamente pelo fato de que a concentração de poderes é quebrada, dividindo-se para cada Ente uma parcela desse poder, sem subordinação, havendo, apenas, por parte de todos os Estados-Membros o respeito aos limites constitucionalmente impostos.

Embora os Estados-membros estejam unidos desta autonomia e não estejam subordinados, o princípio federativo não é absoluto. A Intervenção Federal, que estudaremos no próximo capítulo, consiste justamente em uma medida de supressão temporária da autonomia de um ente federativo.

3 INTERVENÇÃO FEDERAL: CONCEITO, HIPÓTESES E REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS

A Intervenção Federal se encontra positivada na Constituição Federal de 1988, no capítulo IV, denominado como “Capítulo IV – Da Intervenção”. O Brasil, constituindo uma República Federativa, é adepto ao princípio do Pacto Federativo, ou seja, há uma organização descentralizada entre os entes e estes serão autogovernáveis, auto administráveis e terão normatização própria. O afastamento dessas liberdades se dará quando as hipóteses que ensejam uma intervenção forem observadas.

De tal modo, permite-se a intervenção direta da União nas hipóteses do artigo 34:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional; II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Estes serão os requisitos materiais para a decretação. Vale lembrar que o modelo federativo de Estado constitui cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, não poderá, em qualquer hipótese, ser suprimida por meio de emendas à Constituição. Essa proteção de grandes níveis se dá, principalmente, pelo fato de que o país passou por inúmeros períodos de autoritarismo e centralização absoluta do poder, resultando em episódios obscuros que estão marcados na história.

Por este fato, observado o texto constitucional, as hipóteses que permitem a intervenção da União nos demais entes federados são limitadas e se tratam de circunstâncias de cunho grave, referentes à segurança, economia, dentre outros, que os Estados, apenas com seus poderes internos, não poderão solucionar.

Já os requisitos formais para que a Intervenção Federal seja decretada estão elencados no artigo 36 da Constituição Federal, sendo estes:

Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: I - no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário; II - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral; III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

No que diz respeito às formas de deliberação:

Esponânea: nesse caso o Presidente da República age de ofício à art. 34, I, II, III e V; provocada por solicitação: art. 34, IV, combinado com o art. 36, I, primeira parte à quando coação ou impedimento recaírem sobre o Poder Legislativo ou o Poder Executivo, impedindo o livre exercício dos aludidos Poderes nas unidades da Federação, a decretação da intervenção federal, pelo Presidente da República, dependerá de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido. (LENZA, 2019, p. 844 – 845)

Posto isso, a primeira forma de se proceder à decretação de uma intervenção é quando o próprio Presidente da República agir de ofício, ou seja, ele poderá decretar sem a necessidade de participação de terceiros no ato. Já a segunda dependerá da solicitação do poder que foi obstruído ou sofreu coação, vale salientar que, embora haja a possibilidade de rogo, o Presidente não estará vinculado ao ato, podendo decidir em sentido contrário.

Ainda sobre as hipóteses de intervenção:

Provocada por requisição: a) art. 34, IV, combinado com o art. 36, I, segunda parte à se a coação for exercida contra o poder judiciário, a decretação da intervenção federal dependerá de requisição do Supremo Tribunal Federal; b) art. 34, VI, segunda parte, combinado com o art. 36, II à no caso de desobediência à ordem ou decisão judicial, a decretação dependerá de requisição do STF, do STJ ou do TSE, de acordo com a matéria; provocada, dependendo de provimento de representação: a) art. 34, VII, combinado com o art. 36, III, primeira parte à no caso de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis, previstos no art. 34, VII, da CF/88, a intervenção federal dependerá de provimento, pelo STF, de representação do Procurador-Geral da República; b) art. 34, VI, primeira parte, combinado com o art. 36, III, segunda parte à

para prover a execução de lei federal (pressupondo ter havido recusa à execução de lei federal), a intervenção dependerá de provimento de representação do procurador Geral da República pelo STF (EC n. 45/2004) (trata-se, também, de representação interventiva, regulamentada pela Lei n. 12.562/2011 e com as explicitações nos itens 6.7.5.2.5 e 6.7.5.2.7 deste trabalho). (LENZA, 2019, p. 845)

Preenchidos os requisitos, a intervenção será válida e poderá ser legitimamente decretada. Ainda, a intervenção não pode durar indeterminadamente, ou seja, deve ter sua duração condicionada ao restabelecimento da normalidade, devendo constar o prazo necessário no decreto presidencial, podendo ser prorrogado, conforme o art.36, p. 1º da Constituição Federal.

3.1 A INTERVENÇÃO FEDERAL NO RIO DE JANEIRO

A Intervenção Federal no Rio de Janeiro foi decretada no governo do Presidente Michel Temer, sendo a primeira vez, desde a Constituição Federal de 1988, que o Governo Federal intervém diretamente em um estado da federação. A principal justificativa para a decretação da intervenção é a restauração da ordem pública, sendo apontados os crescentes índices de violência urbana no Estado do Rio de Janeiro, de acordo com o Governo Federal, incapazes de ser controlados apenas com o poder de polícia normal, especificando o combate ao crime organizado e a guerra entre facções rivais (AGÊNCIA BRASIL, 2018).

A decisão foi tomada em comum acordo, numa reunião prévia à decretação, reunindo-se o Presidente da República Michel Temer, o Governador do Estado do Rio de Janeiro Luiz Fernando Pezão e os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado, Rodrigo Maia e Eunício Oliveira, respectivamente.

Em entrevista à imprensa, no Palácio do Planalto, após a decretação da Intervenção, o Presidente Michel Temer se manifestou no seguinte sentido:

Tomo essa medida extrema, porque as circunstâncias assim exigem. O governo dará respostas duras, firmese adotará todas as providências necessárias para enfrentar e derrotar o crime organizado e as quadrilhas. Não podemos aceitar passivamente a morte de inocentes e é intolerável que nós estejamos enterrando pais e mães de família, trabalhadores, policiais, jovens e crianças e vendo bairros inteiros situados, escolas, sob a mira de fuzis e avenidas transformadas em trincheiras. É o que mais se alardeia, o que mais se divulga no presente momento. Por isso, chega. Basta. Nós não vamos aceitar que matem nosso presente, nem continuem a assassinar o nosso futuro”. (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2018)

O governo federal nomeou como Interventor o General do Exército Walter Souza Braga Netto. Vale salientar um ponto importante sobre a posição de Interventor, pois embora existam diferenças entre Intervenção Federal e Militar, o cargo de Interventor, no decreto que instituiu a Intervenção Federal no

Estado do Rio de Janeiro, possui natureza militar e não civil, como prevê a CRFB/88 em seu art. 21, V. Isto significa que durante a Intervenção, todas as questões, decisões e estratégias relacionadas à segurança pública serão de responsabilidade do interventor e terão cunho militar, ou seja, afastam-se, aqui, quaisquer relações com a autonomia de governo do próprio estado. Diante disso, houve a atuação conjunta dos diversos segmentos da Polícia com as Forças Armadas, até a data de 31.12.2018, prevista no decreto.

3.1.1 A DISCUSSÃO ACERCA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO DE INTERVENÇÃO FEDERAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Como já citado anteriormente, a Constituição Federal estabelece hipóteses taxativas que autorizam a intervenção da União em qualquer Estado da Federação, quando os requisitos necessários forem preenchidos. Desde o anúncio da decretação da Intervenção no Rio, juristas como Lênio Streck, Nestor Castilho Gomes, entre outros, discutiram acerca da inconstitucionalidade da decretação.

Estudiosos da área de Direito de todo o país analisaram o texto do decreto e encontraram pontos que ensejam a inconstitucionalidade do mesmo, uma vez que se restou provado que detalhes básicos e essenciais, constitucionalmente impostos, não foram respeitados. O primeiro ponto discutido encontra como base a justificativa e fundamentação apresentadas pelo Governo, por não serem consideradas suficientes para que uma medida tão extrema seja tomada. O governo alegou que a situação da criminalidade no Rio é de extrema preocupação e atingiu níveis absurdos, por este fato, o problema não pode ser resolvido apenas com as forças estaduais (CONJUR, 2018).

Enquanto isso, no ano de 2017 (dois mil e dezessete), o Presidente Michel Temer publicou a Lei 13.491/2017, que altera o Código Penal Militar, transferindo a competência para julgar crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis da Justiça Comum para a Justiça Militar. A referida lei foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5901), proposta pelo Partido Socialismo e Liberalismo (PSOL), além de manifestação direta da Procuradora-geral da República, Raquel Dodge, no sentido da sua inconstitucionalidade.

Na referida ADI, o partido alegou, principalmente, que a CRFB/88 estabelece como garantia fundamental a instituição do Tribunal do Júri, e a Lei 13.491/2017 contraria visivelmente o disposto constitucionalmente, afrontando, ainda, os princípios da igualdade perante a lei e devido processo legal (ADI nº 5901).

No âmbito da intervenção no Rio, é possível se observar que a referida alteração aumentaria a impunidade, uma vez que durante a intervenção, o Estado passou a ser comandado por um militar junto com suas tropas, tendo todo o controle estratégico e fático da segurança pública, assim como do

conhecimento dos casos ocorridos durante a mesma. A crítica ocorreu com base na possível imparcialidade que poderia ocorrer quando crimes fossem cometidos por militares e julgado por militares. Outro ponto citado pelos estudiosos que ensejaria a inconstitucionalidade da intervenção é o fato de que a interpretação constitucional do cargo de interventor se daria no sentido da natureza civil do mesmo, enquanto o decreto de Michel Temer estabelece que o cargo será de natureza militar (STRECK, 2018).

Eloisa Machado, Advogada, Professora de Direito na Fundação Getúlio Vargas (FGV) em São Paulo e Doutora em Direitos Humanos, em entrevista ao Nexo, se pronuncia no seguinte sentido:

A Constituição não diz que o cargo de interventor é “de natureza militar”. Isso me parece uma tentativa de manter eventuais contestações e processos judiciais sob a jurisdição militar durante este ano todo. É algo bastante preocupante. O cargo de interventor é iminentemente civil, pela Constituição Federal. Ele é a substituição de uma autoridade civil estadual por uma autoridade civil federal, e não a substituição de uma autoridade civil por uma autoridade militar. Então, dizer que o cargo de interventor é de natureza militar tem o único objetivo de garantir ao interventor que seus eventuais abusos – desde violações a integridade e a direitos da população do Rio de Janeiro quanto por atos de improbidade administrativa, tudo isso – fiquem sujeitos à jurisdição militar, não civil. O interventor tem poderes de governo, e, governo, pela Constituição, até agora, só civil. (NEXO JORNAL, 2018)

Além do já citado anteriormente, foi discutido pelos especialistas o fato de que a Constituição Federal de 1988 estabelece que o Conselho da República e Conselho de Defesa Nacional poderão se pronunciar quando uma intervenção for decretada, o que não aconteceu no caso do Rio. Além da questão sobre o pronunciamento do Conselho da República ser positivado também na Lei nº 8.041/90, art. 2º, I. Nesse caso, o constitucionalista Nestor Castilho Gomes, afirma que “ausência de manifestação destes dois conselhos tornaria o decreto inconstitucional” (CONJUR, 2018).

Faz-se necessário salientar também que a Constituição Federal não pode ser alterada durante intervenção federal, estado de defesa ou estado de sitio (art. 60, CF/88). O período em que a União interviu no Estado do Rio de Janeiro coincidiu com a votação para aprovação da nova proposta de Reforma da Previdência (Proposta de Emenda Constitucional – PEC 287/2016), que se encontrava em andamento na Câmara dos Deputados.

A crítica encontrou fundamento na própria fala do Presidente Michel Temer, que no dia 16 de fevereiro de 2018 em entrevista à Empresa Brasil de Comunicação (EBC), emissora oficial do governo, se manifestou afirmando que suspenderia a Intervenção caso houvessem possibilidades para a aprovação da Reforma, *in verbis*:

Ajustamos ontem (quinta-feira, 15 de fevereiro de 2018) à noite, com participação muito expressiva do presidente Rodrigo Maia e do presidente Eunício Oliveira a continuidade da tramitação da reforma da Previdência, que é uma medida também extremamente

importante para o futuro do país. Quando ela estiver para ser votada, segundo avaliação das casas legislativas, eu farei cessar a intervenção. No instante que se verifique, segundo critérios das casas legislativas, que há condições para votação, reitero, farei cessar a intervenção. (G1, 2018)

Pronuncia-se o jurista Lênio Streck (2018), no seguinte sentido: “a intervenção federal acaba com a reforma da previdência, uma vez que não pode ser suspensa e depois, retomada, Uma PEC é um todo. Não é só votação”. Ou seja, o plano do Presidente era substituir a intervenção pela decretação da garantia de lei e ordem (GLO), medida que já estava vigente no Rio desde o ano anterior, mais especificamente desde agosto de 2017 (dois mil e dezessete), porém, se este viesse a sobrepor a intervenção, as Forças Armadas teriam um poder de atuação maior, uma manobra que, de todas as formas, seria considerada inconstitucional, uma vez que o texto constitucional é claramente contrário.

4 A INTERVENÇÃO FEDERAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E AS VIOLAÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

Para se falar em direitos fundamentais, é necessário, essencialmente, se fazer uma distinção entre estes e os direitos humanos e dos homens, em face da confusão terminológica. Os direitos do homem são aqueles advindos do jusnaturalismo, ou seja, não estão positivados em nenhuma constituição, mas são inerentes a todos os seres humanos, apenas pelo fato de serem seres humanos.

Já no que se refere aos direitos fundamentais, na definição Ingo Wolfgang:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo. (SARLET, 2005, p. 70)

Por conseguinte, estes são os direitos positivados no ordenamento jurídico interno de cada jurisdição, de modo que cada constituição outorgada deverá definir quais serão os mesmos com o objetivo de proteção da sociedade e da ordem democrática de cada Estado, afastando a possibilidade de instauração de regimes de exceção que suprimem direitos e garantias fundamentais. Enquanto no que concerne à conceituação dos direitos humanos, tais garantias são positivadas no plano externo com uma responsabilização a nível internacional.

De acordo com Nathalia Masson (2016, p. 195-198), os direitos fundamentais possuem certas características específicas, sendo estas: universalidade, ou seja, esses direitos são inerentes a todos os indivíduos; imprescritibilidade, o que significa que não há limite de tempo para que o exercício destes direitos seja pleiteado; indivisibilidade, isto é, não se pode tratar essas garantias separadamente, mas como um conjunto; inalienabilidade, deste modo, não há a possibilidade de dispor desses direitos; relatividade, onde os conflitos que surgirem da colisão entre os direitos fundamentais deverão ser solucionados de forma que haja a mínima perda para qualquer um dos direitos em conflito; inviolabilidade, ou seja, não podem haver violações a essas normas sob o ônus de responder administrativa, civil e criminalmente pelas mesmas.

Além destas, há a complementaridade, efetividade, interdependência e historicidade. A primeira quer dizer que os direitos podem ser exercidos cumulativamente, enquanto na segunda, a atuação dos poderes é a principal pauta, de modo que estes deverão agir de modo a proteger e trazer eficácia na aplicação dessas garantias. Na interdependência, há a conexão entre os direitos com o objetivo de uma força maior na proteção dos mesmos. Por fim, há que se falar na historicidade, os direitos fundamentais passaram por inúmeras mudanças desde o seu surgimento até os dias atuais, surgindo cada vez mais classes de direitos, conforme discussão do subtópico seguintes.

4.1 1ª DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado Absolutista apresenta como característica a supressão de direitos e liberdades. Durante este sistema de governo monárquico, a nobreza e o clero eram privilegiados e dispensados do pagamento de tributos para a manutenção e crescimento do Estado, enquanto o povo pagava altas e abusivas cargas tributárias. Além disso, a sociedade não participava das decisões políticas, não existia direito ao voto, e o rei arbitrariamente elaborava e aplicava as leis, conforme seus interesses.

A Reforma Protestante ocorrida no século XVI resultou no enfraquecimento da Igreja Católica e influenciou a separação entre Estado e Igreja. Nesta conjuntura, idéias liberais foram consolidadas com a Era do Iluminismo nos séculos XVII e XVIII e com a conseqüente ascensão da burguesia, fazendo com que a Monarquia fosse substituída por um Estado Democrático.

À vista disso, surge a primeira geração de direitos fundamentais, composta por reivindicações nos âmbitos civil e político, busca-se conquistar especificamente os direitos à liberdade de reunião, expressão, profissão, bem como o direito democrático ao voto. Contudo, a liberdade conquistada era apenas formal, uma vez que as mulheres e os pobres foram excluídos do direito ao voto e os trabalhadores continuaram

em péssimas condições de trabalho, sendo contidos violentamente pela força policial quando reivindicavam direitos.

4.1.1 2ª DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No contexto da Revolução Industrial ocorrida no século XIX surge a segunda dimensão de direitos fundamentais. Esse período tem como característica a falta de garantias trabalhistas, uma vez que os trabalhadores eram submetidos às péssimas condições de trabalho e não eram estipulados jornada de trabalho, salário mínimo e férias. Além disso, o trabalho infantil era aceito.

A partir das reivindicações da classe operária, surge a preocupação em garantir direitos trabalhistas, econômicos, sociais e culturais. No Brasil, as Constituições de 1934 e de 1946 previram expressamente vários direitos sociais, como educação, saúde, aposentadoria, assistência social, entre outros.

Esses direitos, representados pela igualdade, ao contrário do liberalismo presente na primeira geração, impõem tarefas e deveres ao Estado tendo em vista o bem estar social. De certa forma, para garantir a liberdade é necessário possibilitar uma mínima condição de igualdade e de direitos sociais ao indivíduo para que ele desfrute de algum poder de escolha.

4.1.1.1 3ª DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante do cenário de horror construído inicialmente pela Alemanha Nazista que perseguiu e exterminou diversas minorias, a Segunda Guerra Mundial deixou milhões de mortos e causou grande impacto territorial, econômico e social nos países que participaram da guerra.

Surge, assim, como reflexo da comoção social e do sentimento de fraternidade construído no período pós-guerra, a terceira dimensão dos direitos fundamentais. Esta dimensão caracteriza-se pela prioridade da dignidade da pessoa humana e consubstancia-se no direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito à comunicação, entre outros.

Em 1948 é criada a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, que deu uma significativa importância aos direitos fundamentais. A partir disso, criaram-se diversos tratados internacionais e Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, consolidando os direitos humanos como direitos de toda a coletividade.

4.1.1.1.1 4ª E 5ª DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora existam diversas discussões doutrinárias acerca de quais direitos estariam elencados na 4ª e 5ª gerações de direitos fundamentais, ou em alguns casos, até mesmo se estas existem, partindo do posicionamento de alguns autores como Norberto Bobbio e Paulo Bonavides, podemos identificar quais são estes.

Os direitos de 4ª dimensão estariam caracterizados pela globalização política, deste modo, o direito à democracia direta, neste sentido, além da representação, haveria que se ter a proteção dos grupos minoritários para que a vontade destes fosse exercida de forma livre. Além do já citado, o direito à informação, e, sobretudo, ao pluralismo. Ainda em se tratando desta dimensão, alguns autores destacam o direito à bioética, e ao patrimônio genético.

Nas palavras de Bobbio:

Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. Quais são os limites dessa possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação? Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. (BOBBIO, 1909, p. 9)

Com isto, o autor explicita certa preocupação com a existência humana em consequência da evolução exacerbada, uma vez que não há ao certo como saber até onde vão os limites impostos pelos textos constitucionais. Há que se falar, ainda, nos direitos fundamentais de 5ª geração, que englobam as tecnologias, e num aspecto mais relevante, o direito à paz, que, segundo os defensores dessa dimensão, deve ser tratado de forma independente.

Conforme informa Marmelstein:

O Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais, impedindo a sua violação por quem quer que seja. Isso inclui, muitas vezes, o dever de criminalizar e de punir as violações aos direitos fundamentais. Aliás, é o que se extrai do art. 5º, inc. XLI, da Constituição de 88: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. (MARMELSTEIN, 2014, p. 413)

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual o Brasil integra, estabelece no seu artigo 30º:

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados.

Dessa maneira, é defeso ao Estado agir em contrário à proteção dos direitos fundamentais. No entanto, durante o período da intervenção federal constatam-se diversas denúncias referentes a violações de direitos³. O Circuito Favelas por Direitos é um projeto institucionalizado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro que desenvolve um trabalho social e reúne órgãos públicos e organizações civis na tarefa de acompanhar as violações decorrentes da intervenção federal militarizada. O relatório final, lançado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro (2018, p. 36) explicita as seguintes tipologias das violações:

- 1. Violação em domicílio:** ocupação; violência sexual; consumo/avaria de alimentos; dano ao patrimônio na residência; subtração de bens; invasão à domicílio.
- 2. Abordagem:** fichamento; ameaça/agressão física; proibição de filmagem/vasculha de celular; violações contra crianças; agente sob efeito de drogas (aparente ou presenciado); extorsão; ausência de identificação.
- 3. Letalidade provocada pelo Estado:** impedimento de prestação de socorro; alteração de cena; execução; chacina
- 4. Operação policial:** disparos a esmo; presença de parte do efetivo descaracterizado; interrupção de eventos e festividades; operação em horário escolar (entrada e saída); destruição de veículos/patrimônios em espaço público; uso de aeronave/drone; prisão por flagrante forjado.
- 5. Impactos: restrição de circulação:** perseguição a lideranças locais e ativistas; perseguição a egressos; incitação à disputa de grupos rivais; suspensão de serviços públicos e comerciais; trauma psicológico. (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018)

Além disso, o instituto atua informando aos moradores dos seus direitos, recolhendo relatos dos mesmos e levando agentes do Poder Público para conhecer a realidade das comunidades afetadas no Rio de Janeiro. Dentre os referidos relatos das pessoas violentadas não identificadas presentes no relatório, vale destacar:

Depoimento 1: “Já perdi dois empregos porque quando tem operação eles não deixam a gente sair e nem entrar da favela. Qual patrão vai acreditar nisso? Revistam nossos celulares. Batem sempre em jovem. Entram nas casas com chave mestra. Sempre entram na hora da entrada e saída das escolas”.

³ As violações ocorridas durante a Intervenção Federal no Rio de Janeiro foram constatadas mediante relatórios e ouvidorias, tais como o Circuito Favelas por Direitos (2018), Observatório da Intervenção (2018), entre outros, realizados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e organizações sociais.

Depoimento 2: “Roubam as coisas da associação e sempre entram aqui quando tem operação. A gente pede pra não arrombarem, pra pedirem que a gente abre, mas eles ignoram. Eles têm implicância com a gente porque acham que a gente protege bandido, mas a gente só quer o bem da comunidade”.

Depoimento 3: “Cismam com tudo, entram em casa e bagunçam tudo. Eu agora só vivo tomando tarja preta porque não aguento mais, só com calmante, até as crianças estão nervosas. Como a gente vai ficar aqui, com medo a vida toda?”

Depoimento 4: “Fui tirado da minha cama 5:30 da manhã, estava dormindo, fui jogado do beco praticamente sem roupa e começaram a me agredir mesmo eu falando que era trabalhador e minha mãe mostrando a CTPS. A minha sorte, foi que os vizinhos todos saíram de casa e impediram que fizessem pior comigo”.

Depoimento 5: “Nos sentimos muito seguros na favela quando não tem policiais. A polícia militar é a que mais aparece e faz barbaridade. Um menino morreu baleado pela polícia e ele morreu também porque a polícia não deixou os moradores levar ele pro hospital”. (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018)

Como se pode observar, a atuação dos interventores é repressiva ao ponto de os moradores preferirem que estes não estejam presentes nas comunidades, o que se torna extremamente preocupante, visto que o papel desses agentes é justamente a atuação na proteção da população. Além dos depoimentos evidenciados, os moradores ainda afirmam que os policiais invadem lojas, supermercados e casas e consomem alimentos, praticam roubos nestes lugares, perseguem lideranças ativistas, omitem socorro aos moradores, dentre outras ações que estão diretamente ligadas à violação de direitos básicos fundamentais e que configuram crime. Ainda de acordo com as entrevistas:

Depoimento 6: “Meu cunhado foi baleado pela polícia na perna, ele estava caído. Em vez de prender eles deram outro tiro e foi na barriga, ele morreu. Não deixaram a gente chegar perto, jogaram spray de pimenta e bala de borracha. Depois jogaram o corpo dentro da mala do carro da polícia, o braço ficou pra fora e eles fecharam a porta assim mesmo, quebrando o braço, ele já tava morto, mas isso foi na frente da família”.

Depoimento 7: “O morador relatou que a polícia civil fez uma operação devido a morte de um policial. Contou que a chamada operação vingança que teria deixado cinco mortos iniciou com policiais entrando na favela e gritando “caiu um dos nossos agora vão cair dez de vocês”.

Depoimento 8 (liderança local de uma das favelas): “30 homens nessa favela que é pequena. Vários deles atirando pro alto. Pedi a documentação das ações que eles estavam fazendo e o policial respondeu: fala com o braga neto. Liguei pro batalhão e eles disseram que não estava tendo operação. A vida da favela toda alterada, as pessoas acuadas e impedidas de circular sem que exista nada oficial, sem que a gente tenha a quem recorrer e saber o que tá acontecendo, o porquê tá acontecendo. A gente não é nada. A gente é lixo”. (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018)

Na zona Oeste do Rio de Janeiro, especificamente nas Vilas Kennedy, Aliança e da Coreia, uma das práticas realizadas na Intervenção pelos militares consistia no fichamento de todos os moradores dos respectivos locais. Tal fichamento consiste em abordar os moradores e tirar fotos dos seus rostos, além da carteira de identidade. Aqui se observa uma das tantas violações ocorridas nesse período, com

absolutamente todos os cidadãos, independentemente de haver suspeitas ou não, uma vez que a Constituição Federal prevê que todas as pessoas que possuam documento com foto não poderão ser submetidas a quaisquer outros tipos de fichamento para fins criminais.

Outro direito suprimido durante a Intervenção é o direito à privacidade, violado pelas revistas ilegais feitas pelos militares com todos os moradores. A lei brasileira estabelece que a revista não poderá ser feita a menos que haja fundada suspeita de qualquer fato criminoso, o que não foi respeitado durante esse período, visto que as cenas de moradores, seguindo em suas atividades normais e sendo revistados, eram comuns, além do fato de que essa revista se estendia até mesmo a crianças, em horários de entrada e saída das escolas.

Os dados divulgados pelo Instituto de Segurança Pública Federal mostravam quedas significativas nos crimes de letalidade violenta (homicídios dolosos, lesão corporal seguida de morte e latrocínio) e nos roubos de cargas, mas de acordo com os estudos e pesquisas realizadas, já citados anteriormente, estes dados foram mascarados. As operações por policiais e militares ocorridas durante esse período contribuíram para os dados alarmantes de crimes contra a vida, fazendo com que a intervenção fosse letal.

Foram constatados, de acordo com o Observatório da Intervenção (2018), 1.375 (mil trezentos e setenta e cinco), homicídios consumados pelos agentes do Estado nas comunidades do Estado do Rio de Janeiro, causados pelas mais diversas formas, ao contrário do que se tentou mascarar nos dados exibidos pelo Governo Federal. Além disso, as chacinas (o ato de assassinar várias pessoas ao mesmo tempo ou em um curto período de tempo), ocorridas por intervenção dos agentes, e conseqüentemente as mortes em chacinas, tiveram um aumento de 80% e 128%, respectivamente.

De acordo com a Ouvidoria Externa da Defensoria Pública (2018), moradoras das comunidades mais afetadas pela intervenção dos agentes do estado denunciaram diversos estupros e abusos cometidos pelos militares. Segundo os registros (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018), durante as operações, os policiais se dirigiam aos lugares comandados pelo tráfico e durante horas estupravam e espancavam mulheres. Além desses casos, mulheres relataram ouvir xingamentos de teor depreciativo e misógino por parte dos policiais, ao serem revistadas, além de agressões físicas, o que mostra a violação de mais um direito, uma vez que a lei prevê que mulheres deverão, em regra, ser revistadas por agentes mulheres, sem contar no tratamento conferido pelos agentes às mulheres.

Além do Circuito de Favelas por Direitos, relatórios realizados por ativistas da Universidade Cândido Mendes, expostos no Observatório da Intervenção, mostram, por exemplo, que durante a intervenção houve o total de 1.532 (mil quinhentos e trinta dois) mortes por agentes do estado, um

número 36% maior em relação ao ano de 2017 (dois mil e dezessete), ainda em relação ao ano anterior, um aumento de 60% nas chacinas, não investigadas, vitimando 216 (duzentos e dezesseis) pessoas, além da alta no número de disparos, trocas de tiros e balas perdidas, dentre outros fatos explicitados no relatório. Além dos dados citados, há que se falar também que durante a intervenção, foi exposto pelo Governo Federal um plano estratégico da mesma, que estabelecia ações que deveriam ser tomadas durante este período.

Segundo um dos relatórios divulgados no Observatório da Intervenção, intitulado “Vozes sobre a Intervenção”:

O Plano apresentou 66 ações a ser realizadas durante a intervenção. Deste total, 11 são voltadas para ampliação e capacitação do efetivo dos agentes de segurança pública (16%) e 17 são relacionadas à aquisição de materiais e viaturas (25%). Há apenas quatro ações direcionadas à inteligência (6%). Estranhamente, nenhuma iniciativa tem foco no combate à corrupção nas instituições policiais, uma promessa dos interventores. (Observatório da Intervenção, 2018)

A Lei nº 4.898/1965 dispõe sobre os casos de abuso de autoridade e regula seu devido processo. Conforme a lei, no art. 3º, o abuso de autoridade constitui qualquer atentado à liberdade de locomoção, à liberdade de domicílio, à incolumidade física do indivíduo, ao direito de reunião, entre outros.

A referida lei igualmente inclui como atos abusivos “ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder” e “submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei” (art.4º, a e b) e informa, ainda, que “Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.” (art. 6º, p. 5º).

A intervenção federal, conforme depoimento de pessoas que integram o governo federal serviria também para o combate da “corrupção policial”, pretendia-se fazer uma “limpeza” nos setores da polícia no Rio, reorganizando e requalificando, para que não houvesse casos de desvios de conduta. Contudo, conforme as violações de direitos expostas anteriormente houve diversos casos graves de abuso de poder.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2018, p.62) demonstra que o Rio de Janeiro é o estado brasileiro que menos investe em inteligência policial. Em 2017, ano que foi registrado maior número de mortes violentas em 8 (oito) anos no Rio, foram gastos apenas R\$ 2.470,00 na área de informação e inteligência. Em 2016, nenhuma verba foi utilizada para a respectiva área. Dessa forma, o que se vê é uma polícia cada vez mais ostensiva, violenta e repressiva; sem investimentos para investigação, informação e inteligência.

5.1 POSICIONAMENTO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS (ONU E OEA) SOBRE A DECRETAÇÃO DA INTERVENÇÃO FEDERAL NO RIO DE JANEIRO

Com a decretação da Intervenção no Rio, várias entidades e organizações, assim como a mídia internacional, manifestaram profunda preocupação com o extremismo da medida e com os possíveis direitos fundamentais que seriam suprimidos e violados durante esse período.

Em consequência da repercussão internacional, as principais Organizações Internacionais voltadas à proteção dos Direitos Humanos e democracia, ONU (Organização das Nações Unidas) e OEA (Organização dos Estados Americanos) demonstraram repúdio ao decreto estabelecido pelo Presidente Michel Temer e fizeram diversas recomendações ao governo brasileiro no que concerne a proteção dos civis e o respeito aos direitos fundamentais, assim como exteriorizaram críticas a forma com que se tentou lidar com a questão da segurança pública no Estado do Rio de Janeiro.

Conforme pronunciamento do alto-comissário das Nações Unidas, *Zeid Ra'ad Al Hussein*:

No Brasil, estou preocupado com a adoção recente de um decreto que dá às forças armadas a autoridade para combater o crime no estado do Rio de Janeiro, e coloca a polícia sob o comando do Exército. As forças armadas não são especializadas em segurança pública ou investigação. (ONU, 2018)

A OEA (Organização dos Estados Americanos), igualmente, exigiu esclarecimentos do Brasil quanto aos motivos justificadores da intervenção e a falta de transparência durante as operações. Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão da OEA, esteve no Brasil nos dias 5 (cinco) a 12 (doze) de novembro de 2018 para fiscalizar e analisar, entre outros assuntos, a violação dos direitos fundamentais na intervenção.

Nesse contexto, a CIDH reitera que os Estados têm a obrigação de garantir a segurança e salvaguardar a ordem pública e, portanto, têm o poder de usar a força para garantir esses fins. No entanto, esse poder é limitado pela observância dos direitos humanos, cujo gozo implica não apenas a obrigação do Estado de não infringir tais direitos, mas também de exigir a proteção e a preservação desses direitos. Portanto, as ações do Estado no cumprimento de suas obrigações de segurança devem garantir que qualquer risco aos direitos básicos seja minimizado, garantindo o estrito cumprimento dos princípios e parâmetros internacionais. (OEA, 2018)

Na conclusão da visita no Brasil, a CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) informou que “de acordo com os testemunhos de vítimas recebidas pela Comissão, há um padrão de ação das forças de segurança que gerou situações de execuções extrajudiciais sistemáticas, principalmente

de jovens negros e pobres no Brasil”, o que demonstra o alvo específico da polícia, agindo, conforme o exposto, de forma arbitrária e violenta.

Nesse sentido, de acordo com as Observações Preliminares da visita in loco da CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) ao Brasil, ainda a CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e o ACNUDH (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos) “lembraram que os Estados deveriam limitar ao máximo o uso das forças armadas para o controle de distúrbios internos. Isso se deve ao fato de que o treinamento que recebem é destinado a derrotar um inimigo militarmente, e não a proteção e controle de civis”.

6 CONCLUSÃO

A Intervenção Federal é uma das formas constitucionalmente estabelecidas de supressão à autonomia dos Entes Federados. No Brasil, no que concernem as formas de organização dos Estados, adotamos o sistema de organização classificado como Federação, onde não existe hierarquia entre os mesmos, e a União não será soberana em relação a estes.

Há a presença da autonomia para tais entes, como citado anteriormente, observada na divisão de competências e na possibilidade de se autogovernarem, produzindo suas constituições internas, em consonância com a Constituição Federal.

A implementação do Estado Federal não ocorreu de forma clara no nosso âmbito interno, encontrando diversos obstáculos trazidos pelos sistemas claramente centralizados. Este sistema passou a vigorar desde a Primeira República, porém, enfrentou inúmeras crises até a sua ascensão de forma completa, tendo a experiência norte-americana como exemplo.

A exceção ao federalismo se dá por meio da Intervenção Federal quando preenchidos os requisitos estabelecidos em lei. A intervenção acontece quando a autonomia dos entes federativos é afastada e a União passa a intervir diretamente nos mesmos.

Desde a vigência da Constituição Federal de 1988, o Rio de Janeiro se torna o primeiro ente federativo em que esta medida foi decretada pelo Presidente da República, com a justificativa de que os níveis de violência urbana haviam crescido de forma absurda, não tendo apenas o Estado como enfrentar tal problema, precisando de intervenção da União e das Forças Armadas.

Entretanto, apesar dessa hipótese de Intervenção ser positivada constitucionalmente no Ordenamento Jurídico Brasileiro, de forma clara, quando se é efetivamente aplicada a medida em determinado ente, surgem dúvidas tanto em relação a necessidade quanto a adequação de tal decretação, o que está intimamente ligado à efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O objetivo desta pesquisa foi investigar todo o processo interventivo no Rio de Janeiro. Foram analisados os direitos fundamentais em um plano geral, seu surgimento, evolução histórica e sua localização na Constituinte atual. Além de serem observados os dados exibidos pelo Governo Federal que entraram em contradição direta com os estudos realizados por diversas organizações e universidades diretamente nas comunidades afetadas, tendo como exemplo a Defensoria Pública do Rio, sobre as violações destes direitos fundamentais básicos da população e a falta de efetividade da política de segurança pública instaurada, mostrando que, tanto do ponto de vista nacional, quanto do ponto de vista internacional, a Intervenção no Rio tornou-se letal em face da investigações sociais que denunciaram a constante supressão de direitos fundamentais e humanos, em que ocorreram casos como torturas, mortes violentas, chacinas, violência contra a mulher, entre outros, contra os moradores dos locais mais pobres e afetados pela Intervenção no Rio de Janeiro.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª ed., São Paulo: Altas S/A, 2010.

AQUINO, Yara; RODRIGUES, Alex. Temer diz que governo dará respostas duras e firmes ao crime organizado no Rio. **Agência Brasil**, 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-02/temer-diz-que-governo-dara-respostas-duras-e-firmes-ao-crime-organizado-no>>. Acesso em: 08 set. 2019.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. Revista e atualizada. Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. O caminho para um federalismo das regiões. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 17, n. 65, jan/mar 1980, pp. 115-126.

BRASIL. **Constituição de 1891**. Brasil. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 19 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto Nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9288.htm#textoimpressao>. Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. Lei Nº 8.041, de 5 de junho de 1990. **Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho da República.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8041.htm>. Acesso em 17 ago. 2019.

BRASIL. Lei Nº 13.491, de 13 de outubro de 2017. **Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13491.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

CARAM, Bernardo. MAZUI, Guilherme. Temer diz que vai suspender intervenção no RJ durante votação da reforma da Previdência. **G1**, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-diz-que-vai-cessar-a-intervencao-no-rj-durante-votacao-da-reforma-da-previdencia.ghtml>>. Acesso em: 05 set. 2019.

CENTRO DE ESTUDOS DE SEGURANÇA E CIDADANIA. **Observatório da Intervenção.** Rio de Janeiro: 2018 – 2019. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1UPulZi6XpsK8DQo6c5oVmwUFUhykOpA/view>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

CHARLEAUX, João Paulo. Intervenção Federal no Rio: as justificativas e as contestações. **Nexo Jornal**, 2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/16/Interven%C3%A7%C3%A3o-federal-no-Rio-as-justificativas-e-as-contesta%C3%A7%C3%B5es>>. Acesso em: 02 set. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, OEA. **Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil.** Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPport.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris.** 10 dez.1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2019.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **O controle de constitucionalidade das leis municipais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Os artigos 136. **Revista de Informação Legislativa federalistas.** Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 9-11.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEVI, Lucio. Federalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de política.** 11. ed. Brasília: Ed. UnB, 1998, v. 1, p. 475-486.

MAIA, Juliana (Org.). **Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo.** 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

MARLMESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAUÉS, Antonio G. Moreira. **O federalismo brasileiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (1988-2003)**. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Salvador: Editora Juspodivim, 2016.

MORAES, Filomeno. **Direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 65-85.

NAÇÕES UNIDAS. **ONU manifesta preocupação com intervenção no Rio**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-manifesta-preocupacao-com-intervencao-no-rio/>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

PAVIO, Maria Tereza Cruz e. Em entrevista inédita, vereadora assassinada avisou: ‘democracia está ameaçada’. **Ponte**, Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<https://ponte.org/quem-aqui-vigia-o-vigia-disparou-vereadora-do-psol-em-entrevista/>>. Acesso em: 07 de out. 2019

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **Federalismo assimétrico**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 62.

REIS, Elcio Fonseca. **Federalismo Fiscal: competências concorrentes e normas gerais de Direito Tributário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

RIO DE JANEIRO. **Relatório 2018: Circuito de Favelas por Direitos**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relato%CC%81rio_Final_Circuito_de_Favelas_por_Direitos_v9.pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.

RIO DE JANEIRO. **Vozes sobre a Intervenção**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1MB8rshox_wecNNkvj4PKNGp8xipUSp9h/view>. Acesso em: 06 out. 2019.

RODAS, Sérgio. Para especialistas, intervenção federal no RJ é inconstitucional e não dá resultados. **Conjur**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/intervencao-federal-rio-inconstitucional-nao-dara-resultados>>. Acesso em: 08 set. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. Revista e atualizada. Saraiva, 2013.

SOARES, M. M. **Teoria do sistema federal: heterogeneidades territoriais, democracia e instituições políticas**. 1997. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 5901 DF. Relator: Gilmar Mendes. DJ: 29/06/2018**. Jusbrasil, 2018. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/868549889/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5901-df-distrito-federal-0066455-2820181000000>>. Acesso em: 15 set. 2019.

STF. Recurso Extraordinário. **RE 482611 SC. Relator: Celso de Mello. DJ: 23/03/2010.** Jusbrasil, 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8548112/recurso-extraordinario-re-482611-sc-stf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

STRECK, Luiz Lenio. Intervenção federal ou militar? Ato discricionário? Qual é o limite? **Conjur**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-22/senso-incomum-intervencao-federal-ou-militar-ato-discricionario-qual-limite>>. Acesso em: 08 set. 2019.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **A formação do federalismo no Brasil.** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

A POLÍTICA CRIMINAL DO BRASIL IMPERIAL: ANÁLISE DAS PRÁTICAS PUNITIVAS NA SOCIEDADE ESCRAVISTA BRASILEIRA DO SÉCULO XIX**THE CRIMINAL POLICY AT IMPERIAL BRAZIL: AN ANALYSIS OF THE 19TH CENTURY'S PUNITIVE PRACTICES IN THE BRAZILIAN SLAVE SOCIETY***THAYNARA ANDRESSA FROTA ARARIPE¹***RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo demonstrar os aspectos institucionais da segregação étnico-racial que caracterizou o funcionamento do aparato punitivo no Brasil durante o século XIX. De início, a partir de uma pesquisa bibliográfica, problematiza-se o discurso penal do Brasil Imperial, chamando atenção para esse novo momento de independência política brasileira e sua relação com os ideais modernos da Europa. Posteriormente, valendo-se da análise de documentos como o Relatório da Comissão Inspetora da Casa de Correção da Corte e de estudos bibliográficos, concluiu-se que as práticas punitivas visavam preservar a segmentação social existente à época, demonstrando, mesmo após a abolição da escravidão, a seletividade da justiça criminal em desfavor dos negros.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça seletiva. Relatório da Comissão Inspetora da Casa de Correção da Corte. Sociedade Escravista Brasileira. Discriminação racial. Brasil no século XIX.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the institutional aspects of ethnic-racial segregation that characterized the functioning of the punitive apparatus in Brazil during the nineteenth century. At first, from a bibliographic research, the penal discourse of Imperial Brazil is problematized, drawing attention to this new moment of Brazilian political independence and its relationship with the modern ideals of Europe. Posteriorly, using the analysis of documents such as the Report of the Inspector Commission of the Court's Correction House and bibliographic studies, it was concluded that the punitive practices aimed to preserve the social segmentation existing at the time, demonstrating, even after the abolition of slavery, the selectivity of criminal justice to the detriment of black people.

KEYWORDS: Selective justice. Inspector Commission's Report of the Court's Correction House. Brazilian Slave Society. Racial discrimination. Brazil in the 19th century.

* Artigo recebido em 19/08/2020 e aprovado em 24/09/2021

¹ Advogada e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduada em Direito também pela Universidade Federal do Ceará (UFC). thaynaraararipe1@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Embora as práticas delitivas não sejam privilégio da população negra, a punição parece sê-la. Esse fenômeno, no entanto, não é exclusivo da sociedade brasileira, mas repete-se nas mais variadas localidades, sendo objeto de diversos estudos científicos.

O que se observa nestas investigações científicas, é que a intimidação policial, as punições e os tratamentos mais severos quando da sanção penal dos que se encontram encarcerados em sistemas prisionais recaem sempre sobre os menos favorecidos economicamente, os mais jovens e os mais negros (ADORNO, 1996)

No cerne dessa problemática, esse artigo se propõe a analisar as práticas punitivas da sociedade escravista brasileira do século XIX, com o fim de observar o pensamento penal daquele momento histórico e suas consequências na realidade dos escravos. Colocam-se em destaque as peculiaridades das relações de poder de uma sociedade escravista que adota, conforme a Constituição de 1824, a forma política de um Estado constitucional que, a priori, estabelece garantias e direitos individuais. Para o desenvolvimento dessa pesquisa, aliou-se a análise documental, mais especificamente relatórios oficiais da época, com a análise bibliográfica.

Inicia-se a análise com a observação do discurso penal do Brasil Imperial, chamando atenção para esse novo momento de independência política brasileira e sua relação com os ideais modernos da Europa. Aqui se observa a Constituição de 1824 e a sua previsão de elaboração de um Código Criminal e de um Código de Processo Criminal compatibilizados com a manutenção da escravidão. Dessa maneira, problematiza-se a combinação de instrumentos normativos com estratégias sociais que afetam de maneira diversa determinados indivíduos a depender do estatuto jurídico que os regem.

Em seguida, volta-se a investigação para o Relatório da Comissão Inspetora da Casa de Correção da Corte, documento do governo imperial, datado de 15 de fevereiro de 1874, dividido entre a análise da construção do edifício, das condições sanitárias, morais, religiosas, educacionais da prisão, da administração da prisão, das informações estatísticas, da quantidade de presos e dos tipos de crimes, juntamente com uma parte final propositiva de melhorias para a Casa de Correção.

Por fim, concentra-se nas relações entre as práticas punitivas estatais e as estratégias de produção da submissão produtiva dos indivíduos naquela sociedade. Considera-se, então, as tensões entre formas jurídicas liberais e as características de uma sociedade escravista.

2 O PENSAMENTO PENAL NA SOCIEDADE ESCRAVISTA BRASILEIRA DO SÉCULO XIX

Após anos de vigência das Ordenações do Reino de Portugal, a Independência brasileira trouxe a necessidade da criação de instituições próprias. A estrutura colonial deveria ser abolida. Foi nesse contexto que se elaborou a Constituição Imperial dotando o país recém independente de um moderno e liberal conjunto de leis, na intenção de encerrar, dessa maneira, a fase de transição institucional do regime colonial para o Império.

Em 1822, com a Independência política brasileira, as colônias da América Portuguesa organizaram-se em um único Estado. Na organização política, aderiu-se, então, uma Constituição fundamentada na separação de poderes e na declaração de direitos e garantias fundamentais. Carvalho (2003, p. 28) afirma que “Assim, apesar de constituir um avanço no que se refere aos direitos políticos, a independência, feita com a manutenção da escravidão, trazia em si grandes limitações aos direitos civis”.

A Constituição de 1824 aboliu, para os cidadãos, as penas de açoites, torturas e qualquer castigo cruel. Adotou também os princípios da responsabilidade individual pelos crimes e o da legalidade. Previu, ainda, a elaboração de um Código penal e de um Código civil. O Código Criminal foi promulgado em 1830 e o Código de Processo Criminal em 1832, inspirados, segundo Koerner (2006, p.4), nas doutrinas iluministas do direito de punir. Também era determinação constitucional que as prisões fossem seguras, limpas e bem arejadas, havendo separação dos réus de acordo com sua classificação penal e a natureza dos seus crimes.

As discussões sobre funções e métodos utilizados nos sistemas punitivos estavam em voga em todo o mundo e passaram por uma verdadeira ruptura com a obra de Cesare de Bonessana, o Marquês de Beccaria, “Dos delitos e das penas”. Para Silva (1997, p.36), a obra criticava a racionalidade, arbitrariedade e crueldade das leis penais e processuais do século XVIII. Fundamentava também o princípio da legalidade dos delitos e das penas, sustentando que esta última servia não para castigar, mas para prevenir o delito. A punição se estabelecia como certa no inconsciente e poderia, assim, afastar a ideia de cometer o crime. O marquês afirmava que o princípio punitivo, utilizado pelo monarca através da ostentação dos suplícios, deveria ser substituído pela garantia da punição pela sociedade.

Para os escravos, no entanto, até a realidade formal era outra: o artigo 60 do Código Criminal vigente à época determinava que, quando não fossem condenados à morte ou às galés², suas penas seriam

² A pena de galés era prevista pelo Código de 1830 da seguinte forma: “Art. 44. A pena de galés sujeitará os réus a andarem com calceta no pé, e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos publicos da provincia, onde tiver sido commettido o delicto, á disposição do Governo”.

comutadas em açoites, sem prejuízos de serem obrigados a trabalhar presos a ferros nas fazendas de seus proprietários. Observa Carvalho Filho (2004, p.189):

Durante o Império, são editados no Brasil o Código Criminal (1830) e o Código de Processo Criminal (1832). Não fosse o paradoxo da escravidão, da pena de açoite, poder-se-ia dizer que adotamos um regime punitivo tecnicamente liberal. A incidência da pena de morte foi drasticamente reduzida (apenas para casos de homicídio, latrocínio e rebelião de escravos), as execuções passaram a ser realizadas de forma austera, sem o espetáculo da mutilação e da exposição do cadáver, com os julgamentos se efetivando por um conselho de jurados formado por doze cidadãos, todos “eleitores” (o que, na época, significava dispor de poder econômico) e de “reconhecido bom senso e probidade”.

Para Alencastro (1979, pp.395-400), a unidade política no contexto histórico de independência brasileira teve como fator fundamental a preservação da escravidão. O novo Estado representava, portanto, uma união entre as elites políticas regionais, os funcionários do Estado e os grandes proprietários de terra em busca da preservação das relações escravistas na ordem social. No entanto, era um período delicado para os privilégios brancos, vez que as lutas de Independência com as sublevações dos escravos e as suas mobilizações em troca de manumissão representavam riscos para a manutenção do regime escravista. Além disso, a Inglaterra, por sua vez, pressionava as autoridades brasileiras pela extinção do tráfico transatlântico de escravos africanos. Assim, o cenário internacional também ameaçava a continuação do regime escravista.

Segundo Foucault, “existe na justiça moderna e entre aqueles que a distribuem uma vergonha de punir” (1987, p. 15). As curvas do debate penal podem revelar movimentos intensos na vida social, econômica e cultural das sociedades. Foucault (1975, p.28) sintetiza “tentar estudar a metamorfose das metodologias punitivas a partir de uma tecnologia política do corpo onde seria possível ler uma história comum das relações de poder e das relações de objeto”. Dessa maneira, o pensamento penal do século XIX é observado como uma reflexão prática da sociedade escravista brasileira. Conforme aduz Perrot (1992, pp.244, 245):

Não existem ‘fatos criminais’ em si mesmos, mas um julgamento criminal que os funda, designando ao mesmo tempo seus objetos e seus atores; um discurso criminal que traduz as obsessões de uma sociedade. Toda a questão é saber como ele funciona e muda, em que medida exprime o real, como aí se operam as diversas mediações.

O discurso penal no Brasil do século XIX é, portanto, fruto da combinação das práticas punitivas estatais com os mecanismos sociais de sujeição que afetam de maneira diversa determinados indivíduos a depender do estatuto jurídico que os regem ou das suas distintas categorias sociais. Assim,

reúne os instrumentos normativos com as estratégias de produção de indivíduos subordinados àquela sociedade escravista

O artigo 14, parágrafo 6 do Código Criminal de 1830, por sua vez, determinava que não seriam puníveis como crime “o castigo moderado, que os pais derem aos seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discípulos”. Assim, as denúncias propostas por escravos em desfavor de seus senhores não seriam aceitas pelas autoridades públicas, conforme previa o artigo 75 do Código de Processo Criminal. Ainda de tal Código Criminal, o artigo 60 estabelecia a comutação em açoites das condenações dos escravos por crimes que não fossem punidos com a morte ou galés.

Nas prisões, a lógica do discurso penal se reproduzia e, assim, a aplicação igualitária do regime disciplinar a todos os indivíduos era considerada inapropriada. Supunha-se que a convivência entre homens livres e escravos causaria a degradação moral dos primeiros, indo de encontro à finalidade reformadora das penas. Justificava-se, então, para eles, a separação dos presos, tendo em vista que a condição diferente de hierarquia social determinava a situação, igualmente diferenciada, sob a qual estariam submetidos os indivíduos no cárcere.

Assim, para os homens não escravos adotavam-se penas fundamentadas na correção moral dos condenados, enquanto que, para os escravos, a fundamentação era baseada na subordinação e na intimidação. A dualidade entre não escravos e escravos, no pensamento penal do século XIX, se traduzia em lógicas punitivas diferentes. No entanto, as propostas de códigos penais diferentes para homens livres e escravos não eram aprovadas, nem as demais propostas de regulamentação jurídica das relações entre os senhores e os escravos, em razão do interesse dos senhores em manter a autonomia das relações sociais locais, além do discurso paternalista. Era então rejeitada, pelos senhores de escravos, a adoção de regras jurídicas fixas para suas relações de poder com os escravos.

Uma possível visão humanitária do mundo penal era concentrada apenas aos homens não escravos. Embora pareça que os projetos de reformas das prisões tratavam da melhoria das condições prisionais para todos, a realidade é que não só nas ruas, nas casas dos senhores, mas também nas prisões, a cor da pele determinava a qualidade (ou falta dela) de vida.

Percebe-se, portanto, que as punições se fundamentavam nas diferenças de estatuto jurídico e condição social dos indivíduos, revelando, dessa forma, o pensamento penal do século XIX e sua articulação com a disciplina escravista.

3 RELATÓRIO DA COMISSÃO INSPETORA DA CASA DE CORREÇÃO DA CORTE DE 1874: ENTRE O ARCAICO E O MODERNO

O Relatório da Comissão Inspetora da Casa de Correção da Corte, datado de 15 de fevereiro de 1874, é um documento do governo imperial brasileiro encaminhado pelos comissários Visconde de Jaguaray, André Augusto de Pádua Fleury, José Augusto Nascentes Pinto, Antônio Nicolau Tolentino e Luiz Bandeira de Gouveia ao então secretário dos negócios da justiça Manoel Antônio Duarte de Azevedo.

Na primeira parte do documento, aborda-se: construção do edifício, condições sanitárias, morais, religiosas e educacionais da prisão; administração da prisão, informações estatísticas da quantidade de presos e dos tipos de crimes, além de questões sobre a disciplina prisional. Por fim, na conclusão, os comissários fazem propostas de melhoramento da Casa de Correção da Corte.

No Brasil Colônia, as cadeias públicas, administradas pelas câmaras municipais, eram depósitos de pessoas, sem segurança e higiene. Eram recolhidos no mesmo local tanto pessoas livres condenadas quanto escravos fugidos. Para Salla (1999, pp. 36-40), as condições das cadeias públicas permaneceram as mesmas após a independência política brasileira, vez que, embora as penitenciárias, situadas em algumas capitais, tivessem a pretensão da separação dos presos e da adoção de regimes disciplinares, não tinham, por exemplo, condições sanitárias muito melhores.

Karasch (2000, pp.176-178) relata que, em 1830, havia mais de trinta prisões no Rio de Janeiro, dentre elas as militares, as eclesiásticas, as civis e até mesmo uma naval. Dentre os encarcerados, conta o autor, eram os escravos que detinham a pior condição, eram eles que recebiam a pior alimentação e o pior vestuário, além de, na prisão, prestarem serviços aos outros presos. Havia também os escravos detidos para “correção” por seus donos. Se os donos de escravos não pagassem a devida taxa de manutenção, os escravos detidos ficariam abandonados na prisão.

Foram erguidos três estabelecimentos correcionais no Brasil inspirados nas experiências e discussões ocorridas na Europa e nos Estados Unidos da América, entre as décadas de 1830 a 1860, são eles: Casa de Correção da Corte, Casa de Correção de São Paulo e Casa de Prisão com Trabalhos da Bahia.

Diante de tal conjuntura, para a construção da Casa de Correção na Corte (CCRJ), adotou-se um projeto inglês “estilo panóptico”³ de melhoramento das prisões, elaborado em 1826. Para a estrutura física, o projeto falava em quatro raios, duzentos cubículos cada um. Em cada raio haveria quatro andares, que comportariam cinquenta cubículos por andar cada qual com 2,64 m de comprimento, 1,65 m de largura e 3,08 de altura, totalizando 4,3 m². As oficinas ficariam entre os raios, enquanto, na torre central,

³ A construção panóptica é um modelo destinado a permitir que, da torre central, haja completa visibilidade do estabelecimento. Assim, as galerias de circulação deveriam ser abertas desde o térreo até o último andar do prédio, além de largas para possibilitar a iluminação e a ventilação, assim como o acesso imediato dos guardas a todos os pontos da prisão.

se situariam a capela e a casa da diretoria. Para o regime disciplinar, adotava-se o trabalho em comum durante o dia, em silêncio completo, e isolamento à noite nos devidos cubículos.

A obra fora orçada em duzentos contos de réis. No entanto, o orçamento destinado para os gastos com toda a Província do Rio de Janeiro para os anos 1831-1832 foi de duzentos e trinta e três contos, novecentos e quarenta e sete mil e seiscentos e trinta e um réis⁴. Ou seja, as obras da Casa de Correção usariam aproximadamente 86% das verbas destinadas a toda a Província.

No período de sua construção, entre 1834 e 1850, a Casa de Correção abrigava detentos condenados a trabalhos forçados, além de alguns africanos apreendidos após a proibição do tráfico em 1831. Só em 6 de julho de 1850 temos o primeiro regulamento da prisão. Nele estão descritos como seria a divisão dos detentos segundo os crimes praticados, a disciplina estabelecida e as penas aos transgressores. Durante todo o tempo anterior não existiu nenhum outro regulamento que determinasse como deveria ser a rotina e a administração do cárcere.

Segundo o Relatório da Comissão Inspectora da Casa de Correção da Corte de 1874, entretanto, a prisão imperial era bem diferente do modelo concebido inicialmente. A construção apresentava muitos erros de execução. Os corredores não eram abertos em toda a altura do edifício, pois eram cortados pelas lajes que separavam os andares. As lajes bloqueavam a visão dos guardas, falindo, dessa maneira, o modelo panóptico idealizado. O corredor central do raio era muito estreito, e os corredores externos tinham janelas pequenas, prejudicando a iluminação das celas. Assim, no máximo, os guardas conseguiriam ver apenas os corredores das celas do mesmo andar que eles estivessem, com a dificuldade da escuridão dos corredores e das celas.

Foram também feitas “obras extraordinárias e provisórias”: dois calabouços para os condenados a galés, o calabouço para os escravos, um depósito de africanos livres, o colégio dos menores, uma seção dos bombeiros e a casa da administração do presídio. Assim, na falta de outros estabelecimentos para cumprir as determinações constitucionais, foram aglomerados no projeto inicial estruturas complementares com outros fins.

A construção do segundo raio da CCRJ iniciou em 1854. Com apenas dois andares com 15, 18 metros de altura e 67,6 m de comprimento. Tinha capacidade para 160 detentos. 40 celas individuais de 14,6 m² no térreo e 20 salas de 30m² no andar superior com capacidade de até 6 presos. O novo raio recebeu acusados ainda não condenados transferidos da prisão do Aljube que estava correndo o risco de desmoronamento.

⁴ Todos os valores expressos constam em: Coleção de Leis do Império de 1830. 1ª Parte. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1876. Lei de 15/12/1830, p. 100-110.

Nos aspectos sanitários, a CCRJ conseguiu se distanciar ainda mais do seu projeto inicial. Não tinha água encanada, banheiros decentes e nem mesmo esgoto. Os doentes não tinham um lugar específico para recuperação, eram acolhidos sem qualquer separação dos demais presos. Esses fatores traziam grandes consequências para a condição de vida dos detentos.

Segundo o Relatório da Comissão Inspectora, dos 1.099 condenados recolhidos ao estabelecimento entre junho de 1850 e dezembro de 1869, 245 faleceram. Dos 656 presos com penas maiores de dois anos, 236 haviam falecido, ou seja, 36% deles. Entre os condenados a mais de 8 anos, a mortalidade era superior a 40% e, dos 32 condenados a penas maiores que 20 anos, 27 morreram, dois foram perdoados, dois removidos e o restante começara a cumprir pena a menos de um ano. Ser condenado a uma pena superior a dez anos era praticamente uma pena de morte.

O Relatório fala ainda da “condição moral, religiosa e instrutiva dos presos”, para tanto havia um capelão católico que realizava missas. Quanto à educação, o próprio capelão ensinava “rudimentos de gramática e aritmética”.

Na parte final, conforme já dito, a Comissão de 1874 propunha melhorias nas condições do cárcere. Entre elas: melhoria das instalações e dos serviços sanitários e educacionais, além do relaxamento do regime disciplinar para aqueles que apresentassem bom comportamento. As propostas ficaram apenas no papel.

4 PUNIÇÃO E DISCIPLINA NA PRISÃO DA SOCIEDADE ESCRAVISTA BRASILEIRA DO SÉCULO XIX

A escravidão, a partir do século XVI, se apresenta como uma dimensão da expansão dos países europeus no processo de colonização da maior parte dos países americanos. Para Novais (1979, p.420), a ocupação desses novos territórios significou a instalação de novas sociedades articuladas aos centros europeus. Elas são, então, concomitantes à modernidade europeia, mas também diferentes em relação a elas, vez que desenvolvem suas próprias especificidades e relações sociais.

Como se percebeu, a CCRJ não constituiu um espaço institucional fechado e ordenado segundo as regras propostas pelo seu projeto. As Casas de Correção foram ordenadas por uma racionalidade cujo propósito era garantir a manutenção das relações sociais de poder já existentes. A análise da sua precariedade permite identificar suas relações com outras práticas punitivas estatais e estratégias de promoção da submissão produtiva na sociedade escravista brasileira do século XIX.

Quanto ao regime disciplinar adotado pela CCRJ, segundo o Relatório da Comissão Inspectora da Casa de Correção da Corte de 1874, apesar de bastante criticado, foi escolhido o regime de Alburn.

Alguns defendiam o isolamento total com cela individual, trabalho solitário durante o dia e obrigação de silêncio, outros propunham o trabalho comum. Escolheu-se o regime Alburn tendo como justificativa a necessidade de “proceder sem precipitação”.

A sociedade escravista do século XIX determina regras e padrões de comportamento diferenciados para cada sujeito, a depender do estatuto jurídico que o regia e outros critérios de categorização social. A relação entre senhor e escravo estava determinada pela dualidade sujeito-objeto/proprietário-propriedade. A disciplina escravista, portanto, alia castigos corporais e técnicas de comportamento.

Resta claro que as práticas disciplinares da CCRJ combinam as categorias do direito penal com as classificações dos indivíduos construídas socialmente. Escravos e africanos livres ocupavam as celas do térreo e do sótão, para os presos com estatuto jurídico de homem livre ficavam destinadas as celas dos andares intermediários, por exemplo. A prisão do século XIX não é apenas um depósito de pessoas, tal como elas se apresentavam no período colonial, mas sim um espaço institucional ordenado por uma racionalidade que, para Bandeira (1881, p.32), em primeiro lugar, queria garantir a ordem social e só em um segundo momento se preocupava em recuperar os criminosos.

Não temos prisões seguras. Em geral as que existem, longe de contribuírem para a prevenção do crime e para a correção e emenda do delinquente, são habitações, onde detentos, diferentes em idade, em moralidade e em condições, vivem em comum e em perigosa ociosidade. Esse meio de aplicar a pena predispõe a crimes mais graves, aqueles que, ainda não estando corrompidos ou pervertidos, tiverem a desgraça de serem encerrados em uma prisão (BRASIL, 1872, p.13)

Há, portanto, uma disposição analítica que individualiza cada preso, eles não estão dispostos em um espaço homogêneo e nem reunidos coletivamente como uma massa confusa. As diferenças estão marcadas em sua pele. Algranti (1988, pp.34,35) conta que no interior das muralhas havia uma constante circulação de indivíduos em razão da ação policial que detinha os suspeitos, em geral mestiços, negros, escravos e livres pobres para controlar a circulação dos escravos, pois, com o crescimento das cidades, os escravos confundiam-se com o restante da população. A melanina era, antes de tudo, suspeita.

O sistema prisional, então, concentrava diversas funções. Seus diretores, por sua vez, recebiam amplas delegações, com uma grande parcela de autonomia na resolução dos problemas cotidianos, em especial aqueles que envolviam a manutenção da ordem, sendo esse sistema, portanto, guiado por uma racionalidade que tinha como fim a continuidade das relações sociais de poder já existentes. A prisão escravista era, portanto, em sua aparente desordem, fonte promotora de um saber aplicado à realidade social, combinando regras jurídicas e regulamentos disciplinares a categorias sociais.

Os escravos e africanos livres tinham como obrigação fazer os serviços de limpeza da prisão, além de servir aos outros prisioneiros. Eram também aproveitados para trabalhar em serviços públicos como a construção de obras. Para Holloway (1993, p.114), os indivíduos eram detidos sem motivo ou mantidos nas prisões por mais tempo do que fixava a lei para serem aproveitados como força de trabalho. Dessa maneira, podem-se relacionar as práticas prisionais, às estratégias de controle e à estrutura social daquela época.

As condições prisionais do Brasil no Império revelam antecipadamente o fracasso de qualquer projeto penal que visasse a reforma moral dos prisioneiros. Conforme já se observou com os dados constantes no Relatório da Comissão Inspetora da Casa de Correção da Corte de 1874, o enclausuramento dos condenados a penas mais longas acabava por significar sua condenação à morte.

Houve tal que, ainda coberto de sangue e diante do cadáver de sua vítima, bradava cheio de ufania – que não era mais escravo, porque já pertencia às galés. Houve quem perante os tribunais declarasse – que fora impelido somente pelo desejo de ser condenado à essa mesma pena. Outros chegam a disputar entre si a autoria de factos que não cometeram. Muitos, em vez de fugir, correm á presença da autoridade, confessam com impudência os bárbaros atentados que praticam, e espontaneamente procuram as cadeias como melhoramento de sua triste condição (BRASIL, 1877, p. 44).

Os castigos corporais eram utilizados para extrair o trabalho dos escravos e, dessa maneira, é associado diretamente às técnicas disciplinares. Ao entender que castigos excessivos destruíam o patrimônio do proprietário - os escravos e a sua produtividade - as punições começaram a ser submetidas ao cálculo econômico do senhor. Era, pois, um poder disciplinar que adestrava para extrair mais utilidade dos corpos. Para Foucault (1975, p.172), significa um poder cuja técnica específica toma os indivíduos, ao mesmo tempo, como objetos e instrumentos de seu exercício. Dessa maneira, a disciplina escravista é da ordem de mecanismos difusos socialmente, que procura a ordenação das multiplicidades humanas com o fim de exercer o poder com o menor custo e na maior intensidade possíveis.

Sendo assim, qual seria a diferença entre ser escravo na prisão e ser escravo sob o regime senhorial? Para o ministro Joaquim Octavio Nebias, a pena de galés não intimidava os escravos, pois o regime escravista já era suficientemente cruel e duro para modificar sua condição de cativo. Assim, tratava-se de fazer retroagir a racionalidade penal até o restabelecimento das penas corporais. Apesar dos eufemismos utilizados para passar uma ideia de modernidade e racionalidade, o que se defendia era um regime de punição mais aflitivo naquela pena, restituindo o seu “primitivo caracter de trabalho forçado, transformando a existência do condenado em uma vida de fadigas e de privações” (BRASIL, 1870, p. 23).

A submissão produtiva, então, é conquistada através da estratégia de intimidação próxima, contínua e regular. O senhor, dessa maneira, exercia uma vigilância visível para transformar a submissão escravista em produtividade. Era a regularidade dos comportamentos da lógica da escravidão que construía uma certa ordem normativa que se preservava. Assim, a disciplina escravista é um mecanismo socialmente disseminado, mas não realiza o ideal do panóptico.

5 CONCLUSÃO

A escravidão no Brasil imperial funcionava como base de uma sociedade de privilégios (de alguns). Dessa maneira, mantê-la viva – nos corpos e mentes das pessoas – era uma prioridade das elites econômicas e políticas. Apesar do caráter liberal da Constituição de 1824 que se propunha a garantir direitos individuais, a cor da pele ainda era fator preponderante para ser destinatário ou não de tais garantias.

O discurso penal no Brasil do século XIX é, portanto, fruto da combinação das práticas punitivas estatais com os saberes sociais práticos de sujeição de poder que afetam de maneira diversa determinados indivíduos, a depender do estatuto jurídico que os regem.

Com isso, a análise do Relatório da Comissão Inspectora da Casa de Correção da Corte de 1874 sintetiza tais ideias ao inspecionar um estabelecimento penitenciário. Como se percebeu, a CCRJ não constituiu um espaço institucional fechado e ordenado segundo as regras propostas pelo seu projeto panóptico inspirado na realidade de outros países. Fica evidente que as práticas disciplinares da CCRJ combinaram as categorias do direito penal com as classificações dos indivíduos construídas socialmente.

As Casas de Correção foram ordenadas por uma racionalidade cujo propósito era garantir a manutenção das relações sociais de poder já existentes. Dessa maneira, ser escravo determinava como o indivíduo seria tratado também na cadeia. A análise da precariedade desses estabelecimentos permite identificar suas relações com outras práticas punitivas estatais e estratégias de promoção da submissão produtiva na sociedade escravista brasileira do século XIX.

A prisão do século XIX, portanto, não era apenas um depósito de pessoas, mas sim um espaço institucional ordenado por uma racionalidade que, primeiro lugar, queria garantir a ordem social e só em um segundo momento se preocupava em recuperar os criminosos.

Hodiernamente, pouco mais de 130 anos após a assinatura da Lei Áurea, em um país que demonstra esforços no sentido de buscar compensar os atrasos advindos da sociedade escravocrata através de cotas e outras ações afirmativas, faz-se necessária uma reflexão acerca do atual perfil censitário das populações dos estabelecimentos prisionais.

A estigmatização daqueles que cometem atos delitivos e a consequente punição de, prioritariamente, determinada parcela étnica, só reforça a necessidade da *aspepsia social* que marca, ainda que de forma velada ou inconsciente, o racismo ainda latente da máquina estatal.

6 REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Racismo, criminalidade violenta e Justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 283-300, dez. 1996. ISSN 2178-1494.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. “**La traite négrière et l’Unité Nationale Brésilienne**”. *Revue Française d’Histoire d’Outre-Mer*, t. LXVI, n. 244-245, 1979.

ALGRANTI, Leila M. **O feitor ausente – estudo sobre a escravidão urbana no Rio de Janeiro – 1808-1822**. Petrópolis: Vozes, 1988.

BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano S. **A questão penitenciária no Brasil**. Rio de Janeiro: Typ. de R.D. de Oliveira, 1881.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório do Ministro de Estado do Império (1869-Joaquim Octavio Nebias)**. Rio de Janeiro-Corte, 1870.

_____. Ministério da Justiça. **Relatório do Ministro de Estado do Império (1871-Manoel Antonio Duarte de Azevedo)**. Rio de Janeiro-Corte, 1872.

_____. Ministério da Justiça. **Relatório da Comissão Inspetora da Casa de Correção da Corte**. Relatório apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Terceira sessão da Décima Quinta Legislatura pelo Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, Dr. Manoel Antônio Duarte de Azevedo. Rio de Janeiro: Typ. Americana, 1874.

_____. Ministério da Justiça. **Relatório do Ministro de Estado do Império (1875-Diogo Velho Cavalcanti de Albuquerque)**. Rio de Janeiro-Corte, 1877.

CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem: a elite política imperial**; Teatro de Sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **Impunidade no Brasil: Colônia e Império**. *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 51, ago, 2004

FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir naissance de la prison**. Paris: PUF, 1975.

_____, Michel. **Vigiar e punir**. 9a ed., Petrópolis: Vozes, 1987.

HOLLOWAY, Thomas. **Policing Rio de Janeiro: repression and resistance in 19th-century city**. Stanford: Stanford U.P., 1993

KARASCH, Mary. **A vida dos escravos no Rio de Janeiro (1808-1850)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

KOERNER, Andrei. **Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX**. Lua Nova, São Paulo, n. 68, 2006.

NOVAIS, Fernando. s.d. **Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial (1777-1808)**. São Paulo: Hucitec, 1979.

SALLA, Fernando. **As prisões em São Paulo**. São Paulo: Ed. Annablume/Fapesp, 1999.

SILVA, Mozart Linhares da. **Do império das leis às grades da cidade**. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

PERROT, Michelle. “Delinquência e sistema penitenciário na França no século XIX”, in: PERROT, Michelle. **Os excluídos da História**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO E SEUS ENTRAVES PRÁTICOS PARA A DEMOCRACIA**MEDIATION AND CONCILIATION AND ITS PRACTICAL BARRIERS TO DEMOCRACY**

*IGOR BENEVIDES AMARO FERNANDES¹
JÂNIO PEREIRA DA CUNHA IGOR²*

RESUMO

Analisa a mediação e a conciliação como mecanismos equivalentes da gestão de conflitos na perspectiva da Teoria do Agir Comunicativo, de Jürgen Habermas. O objetivo principal do trabalho é demonstrar se a mediação e a conciliação entre litigantes em condições desiguais podem comprometer um resultado legítimo à luz da democracia. Metodologicamente, a investigação realizou-se por meio de pesquisa doutrinária e análise de legislação, com ênfase na Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça e Emenda Constitucional nº 45/2004. Concluiu-se que nem todo acordo é vantajoso para os envolvidos, principalmente quando não há respeito às técnicas da mediação e da conciliação, e aos seus princípios orientadores, comprometendo a elaboração do diálogo, inclusive na perspectiva democrática da Teoria do Agir Comunicativo.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo. Conciliação. Democracia. Mediação. Teoria do Agir Comunicativo.

ABSTRACT

Analyzes the mediation and conciliation as equivalent mechanisms of conflict management in the perspective of the Theory of Communicative Action of Jürgen Habermas. The main objective of this work is to demonstrate if the mediation and conciliation between litigants in dissimilar conditions may compromise a legitimate outcome in the light of democracy. Methodologically, the research conducted by means of doctrinal research and analysis of legislation, with an emphasis on Law number 13.105/2015 (Civil Procedure Code), Law number 10.406/2002 (Civil Code), Resolution number 125/2010, of the National Council of Justice, Constitutional Amendment number 45/2004. It was concluded that neither every agreement is advantageous for those involved, mainly when there is no respect to the techniques of mediation and conciliation, and its guiding principles, compromising the development of dialog, including the democratic perspective of the Theory of Communicative Action.

KEYWORDS: Agreement. Conciliation. Democracy. Mediation. Theory of Communicative Action.

* Artigo recebido em 21/08/2020 e aprovado em 21/08/2021

¹ Mestre em Processo e Direito ao Desenvolvimento no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Professor da graduação em Direito da Faculdade Unifametro Maracanaú (UNIFAMETRO) e da Faculdade Princesa do Oeste (FPO) em Crateús/CE. benevides.igor@gmail.com

² Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus (Mestrado/UNICHRISTUS) e do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). janiopcunha@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o que se depreende do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, o qual foi acrescido quando da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, não se pode conceber que o acesso à Justiça corresponda somente ao ingresso em juízo. De fato, o grande problema que atinge o Poder Judiciário atualmente diz respeito a se obter uma prestação jurisdicional efetiva, principalmente, no que tange ao tempo, pois a maior preocupação passou a residir na resolução célere do conflito do Judiciário.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, os mecanismos equivalentes da gestão de conflitos ganharam mais força e passaram a ser utilizados com maior frequência a fim de auxiliar o Poder Judiciário no atendimento às demandas em busca de maior efetividade processual.

Há de se considerar, no entanto, o fato de que não é recomendável priorizar apenas o tempo cronológico e desconsiderar a preservação de direitos e garantias fundamentais dos envolvidos, bem como os princípios norteadores da mediação e da conciliação e a boa aplicabilidade de suas técnicas na prática forense.

Mancuso (2011) defende o ponto de vista segundo o qual, em virtude de a solução consensual ser estabelecida pelas próprias partes, seja de modo direto ou mediante algum facilitador do diálogo, não há como afirmar que os envolvidos na lide sejam tratados como adversários, porquanto essa relação construtiva e saudável propicia maior interação deles mediante o desenvolvimento de relações de continuidade, em especial, na mediação, em que isso é mais evidente.

Diferentemente ocorre com a sentença judicial, a partir do pensamento de Mancuso (2011), em que se deduz ser mais propício o estabelecimento de desigualdade entre as partes em face das distorções vivenciadas pelas capacidades patrimoniais e financeiras, bem como em razão da sucumbência, ao converter os litigantes em vencedor e vencido e, com efeito, não ser garantia de total eliminação da controvérsia.

Assim, ante tal circunstância, pensa-se que a comunicação estabelecida mediante o diálogo é capaz de assegurar que pessoas possam estabelecer o consenso. Sob essa perspectiva democrática, os mecanismos equivalentes da gestão de conflitos merecem ser analisados com esteio na Teoria do Agir Comunicativo, de Jürgen Habermas, e especificamente, do princípio democrático.

Orsini e Silva (2016) reiteram o pensamento anterior, quando acentuam que há um desafio para o sistema de justiça brasileiro, haja vista que parece um paradoxo falar em consenso dentro de uma estrutura essencialmente organizada pela lógica do contraditório em face da arraigada tradição cultural da

litigiosidade, ou seja, pelo sistema binário na figura do vencedor ou do perdedor, bem como do culpado ou do inocente, sem se preocupar com a escuta ativa para melhor compreender a posição do outro.

Considerando-se a divisão do trabalho, no segundo tópico, abordam-se aspectos da Teoria do Agir Comunicativo, mediante a visão construtivista do diálogo facilitado por terceiro imparcial, a fim de se chegar a um consenso racional, livre de qualquer vício.

No terceiro segmento, busca-se demonstrar se os acordos são sempre a melhor opção para os envolvidos, com ressalvas de que nem sempre isso é possível. No quarto tópico atribui-se aos fatores internos e externos a possibilidade de interferência na formulação do acordo do ponto de vista democrático, mediante casos concretos ocorridos na prática forense.

O método de investigação adotado é o sistêmico, porquanto se utiliza de abordagem dialética, mediante reflexões pautadas nos pilares da pesquisa bibliográfica pelo trabalho desenvolvido por autores como Mancuso, Andrews, Habermas, Warat, Fisher, Ury e Patton com foco na mediação e conciliação, na Teoria do Agir Comunicativo, no Direito Civil e Processual Civil.

Finalmente, o objetivo geral deste trabalho é analisar se a mediação e a conciliação entre litigantes em condições desiguais podem comprometer um resultado legítimo do acordo sob a perspectiva democrática.

2 TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO E SUA RELAÇÃO COM OS MECANISMOS EQUIVALENTES DA GESTÃO DE CONFLITOS

Inicialmente, vale compreender, segundo Mandelbaum (2014, p. 48), o papel exercido pela comunicação “[...] como um processo, por meio do qual as pessoas, envolvidas em um determinado contexto, esforçam-se e se empenham para transmitir mensagens, umas para as outras, de forma verbal e não verbal, visando o entendimento”.

Na perspectiva habermasiana, é necessário que os conflitantes se reconheçam como livres e iguais e, por intermédio do diálogo construtivo facilitado por terceiro imparcial, possam chegar a um consenso racional, livre de qualquer coerção ou coação.

Neste aspecto, Habermas (2002, p. 485), com apoio na Teoria do Agir Comunicativo, preceitua que “[...] os atos comunicativos – ações da fala ou externalizações não-verbais correspondentes – assumem a função de coordenar ações e contribuem para que se construam interações”.

Diante disso, há de se concordar que a Teoria do Agir Comunicativo é considerada um mecanismo de integração social, tendo em vista que, nesta ação, direciona-se à realização de um consenso a partir de um ato de fala entre as partes envolvidas através da aplicabilidade da mediação e conciliação.

Conforme Martins (2018), a referida Teoria entende que os diálogos são facilitados pelo mediador com a intenção de estabelecer os pressupostos de argumentação propostos por Habermas.

Há de se considerar que tal pensamento constitui, contemporaneamente, o fundamento dos métodos da gestão de conflitos, tendo em vista que possibilita buscar soluções com base na autonomia privada dos conflitantes envolvidos, diferentemente do que ocorre em uma decisão judicial, heterônoma, na qual as partes precisam atender ao que é determinado pelo magistrado.

As soluções criativas, oriundas dos próprios conflitantes, poderão ser objeto do diálogo, resultando do emprego de técnicas adequadas aplicadas pelo mediador ou conciliador, como a técnica das perguntas abertas, as quais remetem a fundamento mais remoto.

Com fulcro em Habermas (1997, p. 50), merece destacar a ideia de que,

Na própria prática cotidiana, o entendimento entre sujeitos que agem comunicativamente se mede por pretensões de validade, as quais levam a uma tomada de posição em termos de sim/não – perante o maciço pano de fundo de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente. Elas estão abertas à crítica e mantêm atualizado, não somente o risco do dissenso, mas também a possibilidade de um resgate discursivo. Neste sentido, o agir comunicativo aponta para uma argumentação, na qual os participantes justificam suas pretensões de validade perante um auditório ideal sem fronteiras.

Assim, Cunha e Santos (2017, p. 112) exprimem que, na visão de Jürgen Habermas, “[...] a racionalidade da ação comunicativa remete a várias formas de argumentação, a capacidade de prosseguir a comunicação e a produção do consenso”. Com efeito, vale ressaltar que, sendo produzido o consenso, há uma inserção como prática voltada ao tratamento de desacordos, com o objetivo de ampliar o espaço de jurisdição sob a óptica de participação efetiva no atendimento dos conflitos na seara pública. Desde tal perspectiva, busca-se uma inovação das ideias na lógica de transformar o contexto litigioso na promoção do consenso.

Segundo Siviero e Vincenzi (2017), a Teoria do Agir Comunicativo proposta por Habermas não coaduna com a coerção pura e simples, mas objetiva uma proposta que almeje uma participação ampla e democrática dos cidadãos nos conflitos envolvidos no seio social através da construção de uma visão compartilhada da justiça.

Desta feita, corroborando com o pensamento anterior, Martins (2018) entende que o diálogo possibilita uma troca de posicionamentos em um ambiente democrático através da capacidade que as partes possuem de construir decisões justas e legítimas como forma de abraçar alternativas ao conflito, visando melhor compreender os fatos que contribuíram para a ocorrência da disputa.

Logo, denota-se que as partes envolvidas através da aplicabilidade dos mecanismos da gestão de conflitos, podem, a partir da ideia de Habermas, reestabelecer a comunicação entre elas com o intuito

de buscarem o consenso mediante um enfoque democrático, tendo em vista que tais mecanismos se sobressaem como uma via de participação que consagra uma postura dicotômica dos envolvidos no desenvolvimento de uma resposta para a lide de maneira pacificadora.

Há de se considerar, ainda, o fato de que as pessoas envolvidas possuem a oportunidade de expor sentimentos próprios e contrargumentarem falas que discordam, possibilitando, de fato, estabelecer um consenso não obrigatório pela perspectiva de membros participantes da comunidade que integram.³

Portanto, em face do panorama traçado, percebe-se que existe uma ligação da Teoria do Agir Comunicativo, de Jürgen Habermas, com a aplicabilidade dos mecanismos da gestão de conflitos, tais como a mediação e a conciliação, principalmente pelo reestabelecimento do diálogo, da escuta, da participação e da cooperação entre falante e ouvinte.

Denota-se, assim, segundo Pereira e Lima (2021) que é possível vislumbrar uma aplicação da referida Teoria no âmbito da conciliação e mediação judicial, já que as pretensões das partes envolvidas são levadas a um terceiro imparcial, possibilitando àquelas, o diálogo cooperativo, sendo os interesses construídos a partir da autonomia privada, a fim de igualar as posições entre os envolvidos.

Além disso, Mandelbaum (2014) ensina que se agregue na aplicabilidade de tais mecanismos a questão da empatia, ou seja, o saber ouvir e o momento certo de falar, entre ambas as partes, “o falador” e o “escutador”, para fins de minimizar possíveis ruídos da comunicação e tornar o diálogo mais agradável e acolhedor.

Na prática forense, todavia, cumpre destacar que o consenso não deve ser entendido sempre como a melhor opção, já que pode restar viciado ou mal realizado, resultando no comprometimento da efetividade sob a perspectiva democrática entre os envolvidos, o que será discutido mais detalhadamente no próximo segmento.

3 ACORDOS SÃO SEMPRE A MELHOR OPÇÃO?

Jorge Neto (2016, p. 206) defende a ideia de que “[...] normalmente um mau acordo é melhor que uma boa demanda somente quando o resultado final da disputa judicial é incerto”. Perante tal perspectiva,

³ Há de se considerar o que Silva (2013b) explica quando se depreende das Constituições modernas a ideia concebida sobre pressupostos do Direito racional, segundo a qual os cidadãos, por decisão própria, interligam-se a uma comunidade de jurisconsortes livres e iguais. Ressalta ainda que a comunidade desses cidadãos, visando à estabilização das suas estruturas e às possíveis manutenções que se mostrarem necessárias, reclama uma Constituição que lhes assegure um status que os iguale em direitos e garantias fundamentais. Percebe-se, portanto, que tais direitos, os quais são garantias constitucionais, são identificados como direitos específicos reconhecidos reciprocamente pelos cidadãos. Sendo assim, as Constituições outorgarão a esses direitos – convencionados e instituídos a partir dos diálogos democráticos – o caráter de validade e, conseqüentemente, os convívios dos cidadãos, regulados pelo Direito Positivo, possuirão legitimidade conferida pela própria Constituição.

o referido autor indica os fatores mais importantes para explicar por que são feitos poucos acordos no Brasil, já que a lentidão da justiça é muito vantajosa para quem descumpra a lei.

Desta feita, denota-se que a partir de tal posicionamento, é possível concordar que as consequências em face do descumprimento da lei são consideradas brandas, tendo em vista que a duração não razoável do processo induz ao pensamento de a decisão judicial ser mais vantajosa, quando comparada à realização de um acordo. Logo, diante de tal raciocínio, presume-se aumentar o número de processos judiciais e diminuir o número de acordos.

Pode-se asseverar, ainda, que a conciliação é um procedimento de interferência e, caso suas técnicas não sejam bem aplicadas, resultando em um acordo mal realizado, poderá provocar, no entendimento de Silva (2013a, p. 251), “[...] a retroalimentação do conflito e piorar a divergência existente, culminando na formalização de um acordo sem consenso legítimo ou desdobrando-se em diversas outras ações judiciais”.

Nessa ordem de ideias, Fisher, Ury e Patton (2005, p. 60) explicam que “[...] a ideia por trás de posições opostas há interesses comuns e compatíveis, assim como interesses conflitantes”. Há uma tendência de presunção na circunstância em que a posição de uma pessoa difere da de outra, em pensar que os interesses devam ser contrários, ou seja, o raciocínio considera o fato de que, se uma tem interesse em se defender, a outra pretende atacar.

Fisher, Ury e Patton (2005) assinalam, no entanto, que o referido pensamento se exprime equivocadamente, já que, em muitas negociações, um estudo criterioso dos interesses subjacentes demonstra existir quantidade maior de interesses compatíveis em vez de conflitantes.

Um caso prático citado por tais autores é a situação vivenciada entre um locador e um locatário de um apartamento no que tange aos quesitos de estabilidade, conservação do imóvel e boa relação mútua. Nesse evento, é possível que eles possuam interesses não conflitantes, porém simplesmente diferentes. A título exemplificativo, expressam Fisher, Ury e Patton (2005, p.61):

1. O inquilino pode não querer lidar com tinta fresca por ser alérgico a ela. O proprietário talvez não queira arcar com o custo de pintar novamente todos os outros apartamentos. 2. O proprietário gostaria da segurança de um pagamento antecipado pelo primeiro mês de aluguel, e talvez queira recebê-lo amanhã. O inquilino, sabendo que se trata de um bom apartamento, talvez não se importe com a questão de pagar amanhã ou mais tarde.

Vê-se daí que Fisher, Ury e Patton (2005) demonstram, quando se comparam os interesses comuns e divergentes, que os interesses opostos de minimizar o aluguel e maximizar o retorno se tornam mais contornáveis.

Perante tal situação, Fisher, Ury e Patton (2005, p. 61-62) concluem que, “[...] muitas vezes, o acordo se torna possível precisamente porque os interesses diferem e tanto os interesses comuns como os que são diferentes, mas complementares, servem como base para um acordo sensato”.

Merecem ressaltar possíveis objeções ao acordo, conforme menciona Andrews (2012), dentre as quais, é imprescindível exprimir que as partes nem sempre se encontram em condição de plena igualdade na realização do acordo, já que cada uma pode não compreender sua devida posição na relação de forma completa, ou seja, o direito de uma parte não pode ser simplesmente “neutralizado” por um acordo mediante um procedimento desleal.

Em face dos referidos entraves ao acordo, Silva (2013a) reúne três elementos-chave em suporte no estabelecimento da comunicação que o conciliador pode utilizar para uma condução adequada da conciliação: conotação positiva, escuta ativa e reciprocidade discursiva.

Ainda sob a óptica de Silva (2013a), a conotação positiva se configura quando o conciliador instiga as partes a estabelecerem uma comunicação, com a finalidade de estimular a interação, em que cada envolvido terá a oportunidade de manifestar sua versão de maneira organizada.

A escuta ativa configura um expediente pormenorizado, atento, a fim de se buscar melhor compreensão do conflito real. Ensina Érica Barbosa e Silva (2013a, p. 262), “[...] o conciliador deve fazer as perguntas certas para chegar ao deslinde”. E, por fim, a autora reitera a ideia de que reciprocidade discursiva impede que uma parte fale pela outra, ou seja, contribui para o diálogo e respeito à fala de quem está com a palavra.

Por fim, ressalta-se que, se os mecanismos equivalentes da gestão de conflitos forem bem aplicados, há uma probabilidade muito grande de serem efetivos e produzirem efeitos positivos entre os envolvidos por via de satisfação mútua da solução constituída por meio do diálogo. Se não houver, no entanto, o bom emprego das técnicas, pode-se contaminar o acordo por meio da existência de vícios, conforme se verá no tópico seguinte

4 FATORES INTERNOS E EXTERNOS QUE PODEM INTERFERIR NA FORMULAÇÃO DO ACORDO, DO PONTO DE VISTA DEMOCRÁTICO

O acordo é considerado o resultado formulado a partir de um consenso baseado na autonomia privada dos envolvidos, a fim de resolver de forma satisfativa, o cerne do conflito. Todavia, tanto fatores internos quanto externos podem interferir na sua propositura.

Inicialmente, cumpre mencionar o art. 104 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil), o qual preceitua que “[...] a validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado

ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”. Denota-se que o referido artigo leva em consideração os requisitos de existência e validade do negócio jurídico.

Na inteligência de Castroviejo (2014), antes de homologar o acordo, caberá ao magistrado verificar se há declaração expressa de vontade das partes no que tange ao desejo de celebração do mesmo, ressaltando, o devido o respeito ao princípio da autonomia privada. Além disso, outros elementos devem ser analisados, a fim de cancelar a validade do acordo, dentre eles, se as partes são capazes ou estão devidamente representadas, bem como se o objeto em discussão é lícito, possível, determinado ou determinável e, se a forma adequada foi atendida.

Mencionadas condições são pertinentes para todo e qualquer acordo e o seu descumprimento invalida o negócio jurídico. Com efeito, devem ser levadas em conta como requisitos essenciais antes da homologação, pois são fatores internos à formulação do consenso pelos envolvidos.

Para Castroviejo (2014, p. 148), “[...] os acordos como qualquer negócio jurídico, podem conter defeitos que os tornem nulos ou anuláveis. Para que sejam considerados regulares, a vontade declarada quando da sua celebração deve ser livre e espontânea”. Cabe, então, ao mediador e ao conciliador atentarem para a existência de tais requisitos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) retrata caso de erro do conciliador pelo fato de ter conduzido os trabalhos da sessão de conciliação, porém, cometeu o equívoco de não colher a cópia do ato de constituição da firma mercantil individual da parte demandada, a qual lhe foi apresentada para juntar aos autos, não sendo justo e correto, com efeito, que fosse punida por erro que não foi seu. Isso é o que se extrai do voto do Juiz Relator Benito Tiezzi da Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, nestes termos: “Processo Civil. Erro do conciliador. Prova do ato constitutivo da empresa ré. Não concessão de prazo para regularização. Revelia decretada. Cerceamento de defesa. Ofensa ao contraditório, ampla defesa. Sentença nula” (TJDF, 2002, on-line).

O art. 178 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil) preceitua que a ocorrência de vícios como o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores, oportunizará à parte, o prazo decadencial de quatro anos para pleitear a anulação do acordo.

É importante anotar que os vícios indicados anteriormente são de muito comum ocorrência na prática forense, merecendo destacar, também, a coação, conforme pode ser observado na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que comprova a pretensão de desconstituir transação judicial mediante a prática de coação, conforme se vê no voto do Relator Emmanoel Pereira, da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais:

ACÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO HOMOLOGADO. COACÇÃO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. COMPROVAÇÃO. Na hipótese dos autos, a celebração pela

Reclamada de diversos contratos de trabalho com a mesma empregada, a permanência da Reclamante no emprego após a homologação judicial de acordo, o pagamento de valor muito aquém do postulado na ação trabalhista, e a prática costumeira da empresa em compor-se judicialmente com outros empregados, que posteriormente permaneciam laborando na empresa, denotam a coação da Reclamada para a celebração do ajuste em todas as Reclamatórias ajuizadas como forma de manutenção do contrato de trabalho dos empregados. Desta forma, demonstrada está a existência de vício de consentimento como fundamento para invalidar transação judicial. Recurso provido parcialmente (BRASIL, 2007, on-line).

Destaque-se, porém, com fulcro em Castroviejo (2014, p. 148), o fato de que o simples “[...] arrependimento de uma das partes não caracteriza vício ou enseja a anulação ou reforma do acordo homologado, ainda que se comprove a impossibilidade do cumprimento da obrigação contraída ou que a parte não teria sido instruída por advogado”. Nessa linha foi a decisão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, de acordo com o voto do Relator Sérgio Renato Tejada Garcia da Quarta Turma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANULAÇÃO DE ACORDO HOMOLOGADO EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO. A transação devidamente homologada, com observância das exigências legais, sem a constatação de qualquer vício capaz de maculá-la, é ato jurídico perfeito e acabado e o simples arrependimento unilateral de uma das partes não dá ensejo à anulação do acordo homologado judicialmente (BRASIL, 2009, on-line).

Silva (2013a) entende, nesse sentido, que se caracteriza como vício a intimidação ou pressão do mediador ou conciliador em relação às partes, com a intenção de buscar o consenso de maneira a tolher a liberdade dos envolvidos. Assim, uma composição sem legítimo consenso tende a contribuir para um acordo não democrático, em face de se falsear a liberdade, bem como o estabelecimento conjunto da solução para o litígio.

Na mesma ordem de ideias, Figueiredo (2016) pondera que em determinadas situações, acontece de as partes estarem apressadas em realizar um rápido desfecho e tal comportamento influenciar negativamente na formulação do acordo.

É preciso corroborar tal pensamento no sentido de que sua devida ocorrência não se limita às partes envolvidas, mas também, quando se trata de um mediador inexperiente, advogados, defensores públicos, os quais acabam celebrando acordos prematuros que não correspondem aos reais interesses e necessidades dos mediandos, gerando um efeito reverso: a possibilidade de comprometimento de sua execução espontânea e o aumento de casos no Poder Judiciário.

Sampaio Junior (2011) assevera que outra grande limitação para o melhor andamento da conciliação é a necessidade de que as partes estejam em condição de igualdade e, para isso ocorrer, ressalta ainda o posicionamento do juiz no exercício do seu papel assistencial. É fundamental esta posição por parte dos magistrados, já que se as partes não estiverem nessa mesma condição, o diálogo restaria

infrutífero, podendo ocorrer até mesmo fatores externos, como coações ou imposições que irão contrariar os princípios da conciliação.

Percebe-se que o círculo vicioso produz um efeito reverso no sistema e, com efeito, para o jurisdicionado, pois a essência dos mecanismos equivalentes da gestão de conflitos é buscar a pacificação social, sendo o litígio gerido pelas próprias partes, por intermédio de uma solução consensual estabelecida pela sua compreensão real, bem como o respeito aos princípios norteadores e técnicas dos referidos institutos. Logo, há de se considerar que a lógica do acordo deve ser pautada no interesse das partes e não na imposição do conciliador, tendo em vista que, esta, compromete o paradigma democrático de tais mecanismos.

Segundo Gutierrez e Cunha (2015), o caráter democrático pode ser ressalvado desde o princípio da autonomia da vontade das partes, considerado um dos elementos essenciais da democracia, na qual os cidadãos devem ser reconhecidos como pessoas livres e iguais em direitos e obrigações.

Com o fito de complementar a mesma linha de pensamento, Warat (2001, p. 156) determina que, mesmo no Estado Democrático de Direito, existem instituições que procuram manipular as pessoas, impedindo-as de exercer sua autonomia, ou seja, deixam “[...] os cidadãos alienados e como sujeitos de direito sem Direitos Fundamentais”. Então, resta assegurar a devida proteção aos direitos fundamentais por meio da função democrática desempenhada pelos mecanismos de autocomposição.

Ressalta-se, com esteio em tal entendimento, que a mediação e a conciliação exercem importante função no debate, pelo seu caráter democrático participativo. Segundo Dupeyrix (2012), cada um dos envolvidos em uma lide é convidado a exprimir opinião sobre determinado assunto em função das circunstâncias vivenciadas no mundo real. Logo, assegurar direitos fundamentais é buscar participação e também garantir princípios expressos na Constituição Federal de 1988, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a educação, a saúde, a moradia.

Uma sessão de mediação procura compreender o motivo real e alcançar o consenso, de modo que a dignidade da pessoa reste protegida. Como exemplo, vale citar o caso de guarda dos filhos em situação do divórcio, o pagamento de pensão alimentícia com o fito de preservar uma boa educação, saúde e moradia dignas ao(s) filho(s). Por intermédio da aplicação do referido mecanismo, pela constituição conjunta de um diálogo democrático, é possível chegar a um consenso efetivo pacificador entre os litigantes.

O estado anteriormente descrito é considerado o ideal. Nem sempre, contudo, é possível manter uma proporcionalidade e respeitar a igualdade entre as partes. Tanto é assim que é importante ainda registrar outros casos reveladores de desproporcionalidade na relação consensual que ferem o aspecto democrático dos mecanismos equivalentes da gestão de conflitos na prática, quando se denota que uma das partes é perceptivelmente mais vulnerável quando comparada a outra.

A esse respeito, pondera Silva (2013a, p. 254) no que tange à tendência do conciliador agir com parcialidade, o que pode comprometer a investigação sobre o conflito e o verdadeiro interesse das partes. Como exemplo, cumpre destacar as situações que envolvem o Direito de Família, tendo em vista que pode acontecer de ocorrer uma desconsideração do contexto e a complementaridade do casal na relação. Logo, parte-se do entendimento de que a mulher é a parte hipossuficiente, vítima de uma percepção que não depende da experiência, porém, nem sempre isso se verifica na prática.

Com procedência na relevância da autocomposição na Teoria do Agir Comunicativo, há de se considerar o que defende Mandelbaum (2014), ao acentuar que a comunicação exerce papel vital no tratamento dos conflitos, todavia as pessoas não lhe concedem a devida importância, ocorrendo relações esgarçadas, em que os envolvidos sentem falta de algo, gerando o desatendimento de suas necessidades. O conflito real merece ser bem compreendido de maneira profunda, não havendo a possibilidade de um diálogo efetivo sem escuta ativa, quando os envolvidos não se permitem buscar soluções construtivas a fim de beneficiar o conjunto.

Além dos já citados, Mandelbaum (2014) ressalta algumas dificuldades nesse processo construtivo dialogado, as quais proporcionam ruídos e impedem a realização de acordos efetivos do ponto de vista democrático entre os envolvidos, merecendo considerar o caso em que o emissor gera uma mensagem para o receptor e este a ignora e vice-versa, ou quando o emissor ou receptor escuta somente o que quer escutar de modo seletivo e não o que realmente foi dito.

Um exemplo real que se configura, na última hipótese, de acordo com Mandelbaum (2014, p. 60), é uma sessão de mediação vivenciada pela autora, em que determinado casal, o qual já havia se divorciado na prática, não entendia a importância da escuta baseada na percepção e interpretação pessoal da mensagem, principalmente pela conduta do genitor:

Eu estava mediando um caso de um ex-casal, Tereza e Celso, que discutia o valor dos alimentos ao seu filho, Eduardo, de 8 anos. Tereza alegou que o menor apresentou sérios problemas de saúde, que foi diagnosticado, por profissionais altamente competentes, como sendo portador de transtorno bipolar. Contou que Eduardo lhe xingou, mordeu e arranhou seus braços, gritou com os médicos etc. Acrescentou que, por essas circunstâncias, precisava de um valor maior de alimentos, para custear todas as despesas médicas e psicológicas. Celso, ao escutar isso, entendeu ser desnecessário o aumento de pensão, pois essas atitudes que o filho apresentou eram expressões de raiva passageira.

Desta feita, resta clarividente a argumentação anterior com base nas ideias de Warat no que diz respeito à ofensa ao princípio democrático, já que trata da manipulação de instituições quanto ao impedimento do exercício da autonomia para proteção dos direitos fundamentais.

Pode-se inferir que na situação descrita, deveria levar em conta o quadro clínico do menor e a necessidade de maior amparo financeiro para tratamento médico e psicológico na busca de igualdade em direitos e obrigações, já que Eduardo continua sendo filho de Celso e Tereza, mesmo separados.

Outro caso hipotético que merece destaque diz respeito a uma colisão de veículos em via pública, em que o causador do acidente seria um operador do Direito e a vítima uma pessoa não dotada de conhecimento jurídico. Caberia refletir, portanto, se o acordo a ser firmado entre eles por meio da conciliação no Juizado Especial Móvel não restaria configurado de modo desproporcional em face da vulnerabilidade técnica de uma das partes.

Neste caso, se não houver um papel muito bem desempenhado pelo conciliador no que tange à aplicação correta das técnicas de conciliação, bem como o diálogo ser constituído de maneira positiva entre os envolvidos, dificilmente se chegaria a um consenso livre de vícios e, conseqüentemente, representaria uma distância do ideal democrático de autonomia das partes.

Vale destacar, por fim, o fato de que, na conciliação e na mediação, o ideal comunicativo é de enorme importância para o resultado final, pois, “[...] escutar, comprometendo qualquer tipo de mudança, não é escutar, é no máximo, ouvir e compreender o que está se dizendo. Conforme relatos dos envolvidos em um conflito, quando eles se fixam em suas posições, a sensação é semelhante a falar com uma parede” (MANDELBAUM, 2014, p. 63).

5 CONCLUSÃO

Como visto, em termos gerais, os mecanismos equivalentes da gestão de conflitos buscam a pacificação social, mediante elaboração do consenso pelas próprias partes. É preciso romper com o paradigma da litigiosidade muito em voga ainda na sociedade.

Em virtude da previsão no Código de Processo Civil de 2015, bem como da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, a mediação e a conciliação ganharam mais força, embora, na prática, ainda enfrentem resistências na sua aplicação.

Concluiu-se também sobre a existência de problemas que dificultam a viabilidade dos acordos, porquanto os envolvidos, muitas vezes, não costumam dialogar, estabelecer um canal comunicativo entre eles, a fim de compreender melhor o outro. Assim sendo, merece destacar a contribuição da Teoria do Agir Comunicativo, de Jürgen Habermas, para aplicabilidade relacionada a tais mecanismos.

No que tange à realização dos acordos, há de se considerar que nem sempre representam a melhor opção para as partes, pois, para quem descumpriu a lei, o processo judicial e a lentidão da Justiça ainda são muito vantajosos e as conseqüências muito brandas. Esse pensamento leva a estimular aqueles

que agem com má-fé, de maneira a difundir a ideia de que o acordo não compensa, pondo em risco a busca pela pacificação social e melhor tratamento do conflito.

Desta feita, resta clarividente que a mediação e a conciliação entre litigantes em condições desiguais podem comprometer um resultado legítimo à luz da democracia, já que determinados vícios, como a coação, a fraude, o dolo, os quais podem influenciar na formulação do acordo, impossibilitam a aplicabilidade de forma plena do princípio da autonomia privada.

Cumprido destacar, também, que o caráter democrático da mediação e da conciliação está bem relacionado à escuta ativa, à empatia, ao respeito, à liberdade de expressão no momento de realização da sessão, sendo elemento fundamental da democracia, já que os cidadãos devem ser vistos como pessoas livres e iguais em direitos e obrigações, atendendo ao que defende a Teoria do Agir Comunicativo, de Jürgen Habermas, a qual desenvolve sua teoria crítica da razão instrumental, de modo a acreditar na comunicação, através da linguagem, como forma de emancipação humana.

Dessa forma, identifica-se que o agir comunicativo atua promovendo a integração social, pois, pelo uso da comunicação destinada ao consenso, são possíveis a interação e a modificação das relações intersubjetivas. Torna-se, com isso, um plano compartilhado entre os atores, influenciando diretamente na disposição, criação e validação dos ditames de uma comunidade. Passa-se a presumir, então, que a sociedade se organiza a partir das práticas consensuais.

Percebe-se, todavia, com espelho nos casos práticos há pouco referidos, que nem sempre as pessoas, em situações conflituosas, estão em condições ideais de igualdade, ocorrendo, muitas vezes, uma desproporcionalidade, seja ela de natureza técnica, financeira ou de gênero, por exemplo.

Equilibrar, portanto, as diferenças materiais entre as pessoas é o maior desafio a ser enfrentado pelos mecanismos da gestão de conflitos, ressaltando, porém, a grande contribuição advinda de uma boa comunicação entre as partes, a fim de reduzir os riscos gerados pelo ruído, de modo a estabelecer um diálogo efetivo e pacificador das relações sociais com base em uma visão de natureza mais democrática pautada na Teoria do Agir Comunicativo, de Jürgen Habermas.

6 REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 07 ago. 2020. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 30 de novembro de 2010.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 31 de dezembro de 2004.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 11 de janeiro de 2002.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 17 de março de 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT)**. Apelação Cível no Juizado Especial. ACJ 20010410106959 DF, da Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. Brasília, DF, de 27 de maio de 2002, Diário da Justiça. Disponível em: <<https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3118558/apelacao-civel-civel-no-juizado-especial-acj-20010410106959-df>>. Acesso em: 10 set. 2021.

_____. **Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região**. Agravo de Instrumento AG 15620 PR 2009.04.00.015620-9, da Quarta Turma, Porto Alegre, RS, de 3 de novembro de 2009, Diário da Justiça. Disponível em: <<https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6924150/agravo-de-instrumento-ag-15620-pr-20090400015620-9-trf4>>. Acesso em: 10 set. 2021.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho (TST)**. Recurso Ordinário nº 9100-83.2003.5.24.0000, da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Brasília, DF, de 9 de fevereiro de 2007, Diário da Justiça. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1725193/recurso-ordinario-em-acao-rescisoria-roar-91008320035240000-9100-8320035240000>>. Acesso em: 10 set. 2021.

CASTROVIEJO, Angel T. Finalização da conciliação. In: TOLEDO, Armando S. P. de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos F. (Coord.). **Estudos avançados de Mediação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

CUNHA, Alan D. L.; SANTOS, Luciano G. dos. Contribuições da teoria do agir comunicativo no processo de mediação. **Revista Faculdade Arnaldo Janssen Direito**, Belo Horizonte, v.9, n.9, p. 99-115, jan./dez. 2017. Disponível em: <<http://revistaarnaldo.costatecs.com.br/index.php/faculdadedireitoarnaldo/article/view/121/107>>. Acesso em: 02 set. 2021.

DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

FIGUEIREDO, Marcela R. S. Considerações prático-teóricas da atuação dos assessores jurídicos na mediação. In: ALMEIDA, Diogo A. R. de; PANTOJA, Fernanda M; PELAJO, Samantha (Coord.). **A mediação no Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: A negociação de acordos sem concessões**. Tradução de Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GUTIERREZ, Daniel M; CUNHA, Jânio P. da. Jurisdição Processual e Democracia: advento da audiência de conciliação e de mediação, efetivação dos meios equivalentes e acesso à Justiça. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 13, n. 17, p.108-131, 2015. Anual. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/495/193>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMP Martins Fontes, 2002.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JORGE NETO, Nagibe de M. **Abrindo a Caixa Preta: por que a Justiça não funciona no Brasil?**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de C. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MANDELBAUM, Helena G. Comunicação: Teoria, axiomas e aspectos. In: TOLEDO, Armando S. P. de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos F. (Coord.). **Estudos avançados de Mediação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MARTINS, Janete Rosa. A mediação e o Agir Comunicativo para o entendimento e a deliberação como política pública na gestão dos conflitos. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XXIII, v. 27, n. 2, p. 231-253, mai/ago. 2018. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/issue/view/49>>. Acesso em: 10 out. 2021.

ORSINI, Adriana G. de S; SILVA, Nathane F. da. Entre a promessa e a efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 18, n. 115, Jun./Set. 2016, p. 331-356. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1148/1156>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; LIMA, Larissa Stephane Monteiro de. Análise da Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas nos institutos da conciliação e mediação judicial. **Revista FIDES**, v. 11, n. 2, p. 654-675, 21 jan. 2021. Disponível em: <<http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/528>>. Acesso em: 28 set. 2021.

SAMPAIO JUNIOR, José H. O papel do juiz na tentativa de pacificação social: a importância das técnicas de conciliação e mediação. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 9, n. 13, p. 153-181, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/787/247>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

SILVA, Érica B. e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013a.

SILVA, Luciano Braz. A Luta por Reconhecimento no Estado Democrático de Direito: perspectivas da filosofia de Habermas para efetividade da Democracia e dos direitos humanos. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Rio Grande do Sul, v. 1, n. 2, p. 238-268, 2013b. Editora Unijuí. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/1056>>. Acesso em: 09 set. 2021.

SIVIERO, Karime Silva; VINCENZI, Brunela Vieira de. A importância da autocomposição a partir das teorias de Jürgen Habermas e Axel Honneth. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 235-250, mar. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1164/1120>>. Acesso em: 07 out. 2021.

WARAT, Luis A. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

AS CONSEQUÊNCIAS DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

THE CONSEQUENCES OF ILLICIT EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS

FRANCISCO MORILHE LEONARDO¹**RESUMO**

O presente trabalho discute a questão das provas ilícitas no processo penal, produzidas, desta forma, em contrariedade às normas do direito material ou processual, caracterizando-as ilícitas ou ilegítimas, respectivamente. Assim, trata-se de uma revisão bibliográfica sobre provas ilícitas, destacando a melhor forma em lidar com as provas consideradas ilícitas durante o processo penal, além de destacar a serendipidade no processo penal, as consequências da inserção de uma prova ilícita na persecução penal e sua possível influência nas decisões do julgador. Ao se analisar as garantias fundamentais e os princípios que regem o processo penal, as provas ilícitas não se encontram devidamente solucionados pela legislação vigente, na qual se verifica e aprofunda as consequências das provas ilícitas, buscando-se uma forma de garantir o “due process of law” e uma decisão não contaminada pela prova desentranhada, uma vez que, se ilícitas, violam normas de direito material e, se ilegítimas, violam regras de direito processual. Ademais, o ordenamento jurídico determina que a prova ilícita deva ser desentranhada do processo e destruída, e que seu conteúdo não poderá ser utilizado como fundamentação para a propositura da ação penal, desenvolvimento da persecução penal e sentença condenatória, além de priorizar a celeridade do processo, não se deve desmerecer outros princípios constitucionais, como o do devido processo legal, o da vedação às provas ilícitas e

principalmente o do juiz imparcial. O ordenamento jurídico busca a um processo penal de primeira velocidade, devendo primar pelas garantias e direitos fundamentais, além de uma rápida resolução da lide criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Provas no Processo Penal. Propositura da Ação Penal. Provas Ilícitas.

ABSTRACT

This paper discusses the issue of illicit evidence in criminal proceedings, produced in this way, contrary to the norms of material or procedural law, characterizing them as illicit or illegitimate, respectively. Thus, this is a literature review on illegal evidence, highlighting the best way to deal with evidence considered illegal during criminal proceedings, in addition to highlighting serendipity in criminal proceedings, the consequences of inserting illegal evidence in criminal prosecution and its possible influence on the judge's decisions. When analyzing the fundamental guarantees and principles that govern the criminal procedure, illegal evidence is not properly resolved by current legislation, which verifies and deepens the consequences of illegal evidence, seeking a way to ensure the “due process of law” and a decision uncontaminated by unearthed evidence, since, if unlawful, they violate substantive law rules and, if unlawful, violate procedural law rules. In addition, the legal system determines that the illegal evidence must be extricated from the process and destroyed,

*Artigo recebido em 01/07/2020 e aprovado em 03/09/2021.

¹Mestre em Didática do Ensino do Direito pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2011). Graduado em Licenciatura em Letras (Português) pela Faculdade de Brasília/DF – FABRAS. kiko_marilia@hotmail.com

and that its content cannot be used as a basis for the filing of the criminal action, development of criminal prosecution and conviction, in addition to prioritizing the speed of the process, other constitutional principles should not be disregarded, such as due legal process, the prohibition of illegal evidence and, above all, the impartial judge. The legal system seeks a first-rate criminal procedure, which must prioritize guarantees and fundamental rights, in addition to a quick resolution of criminal disputes.

KEYWORDS: Evidence in the Criminal Procedure. Criminal Action Proposal. Illegal evidence.

1 INTRODUÇÃO

De início, destaca-se que, com o avanço da tecnologia, é cada vez mais simples a produção de uma prova ilegal, pois quase todo indivíduo porta um celular com câmera e gravador de áudio, o que geraria o aumento das chamadas “escutas” ilegais. Nesse viés, não se limita a tecnologia, eis que muitas vezes a intensa guerra ao crime leva o Estado, representados por policiais, a tomar atalhos ilegais em uma tentativa de equilibrar o injusto embate com os delituosos, como por exemplo, o que acontece em uma busca domiciliar sem um mandado judicial.

Por via de consequência, a Carta Magna, em seu artigo 5º, LVI (BRASIL, 1988), prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, sendo esses caracterizados como ilícitos por estarem em dissonância ao ordenamento jurídico, cuja vedação encontra fundamento em várias outras garantias constitucionais conferidas ao indivíduo, como o devido processo legal, a inviabilidade de domicílio e o direito ao sigilo telefônico. Além desse fator, é válido pontuar o uso abusivo dos celulares e abusos do Estado no combate contra o crime.

De igual modo, as provas consideradas ilícitas no curso do processo, por previsão legal, terão que ser desentranhadas do mesmo, pois o Estado não pode desrespeitar as normas constitucionais, admitindo-as e convalidando ilegalidades, para satisfazer o seu “jus puniendi”. Nucci (2015, p. 447), nos ensina que “Cultuar o ilícito para apurar e punir o ilícito é um fomento ao contrassenso, logo, inadmissível no Estado Democrático de Direito”.

Ademais, o meio ilícito utilizado muitas vezes conspurca e retira a confiabilidade da prova. Assim, pode-se destacar que não é permitida uma confissão obtida por meio de tortura ou ameaça, por ser considerada uma prova segura e incontestável para o processo, pois seria “produzida com infração a normas de natureza processual ou material” (PEDROSO, 1994, p. 161). Logo, é essencialmente uma garantia do indivíduo, do sujeito de direito, contra o abuso do poder do Estado.

O que há, porém, de fundamental a salientar é que, devido à inadmissibilidade, as consequências desta prova considerada ilícita é que deve ser desentranhada do processo e destruída e que seu conteúdo não poderá servir de fundamento para a propositura da ação penal, desenvolvimento da persecução penal e da sentença condenatória. Entretanto, não é possível desentranhar e destruir os efeitos causados na “mente” dos sujeitos processuais, principalmente do julgador, que tiveram contato com a prova. O simples fato do Juiz não utilizar a prova ilícita para justificar sua decisão não garante a absoluta imparcialidade no julgamento.

Nessa esteira, o presente trabalho objetiva esclarecer os questionamentos sobre a legislação vigente na melhor forma em lidar com as provas consideradas ilícitas durante o processo penal, mesmo quando desentranhada e destruída. Seria a melhor solução que o processo, depois de desentranhada a

prova ilícita, fosse julgado por outro magistrado, de modo a buscar a melhor adequação aos princípios do devido processo legal e uma decisão sem vícios intrínsecos.

Logo, é importante destacar a preocupação em não se aproveitar nenhuma prova ilícita, o que impedirá que o processo fique contaminado. Todavia, percebe-se um equívoco ao se permitir que o juiz que obteve a informação continue no processo, uma vez que, muitas das vezes, já obteve a convicção da culpa do réu, ou seja, estaria com a imparcialidade “contestada”. Portanto, se houver a permissão do Juiz, proferindo decisões importantes, inclusive que autorizam atos investigativos mais incisivos, e a própria sentença, poderia dar caminhos para que as provas ilícitas continuem, ainda que indiretamente, se difundindo no processo.

Visando à celeridade do processo, não se deve descuidar de outros princípios constitucionais, tais como o do devido processo legal, o da vedação às provas ilícitas e principalmente o do juiz imparcial. Logo, nosso ordenamento jurídico emprega um processo penal de primeira velocidade, em que deve se colocar as garantias e direitos fundamentais acima da rápida resolução da lide criminal.

Destarte, num primeiro momento, serão analisadas as provas ilícitas por de derivação, pois, as provas advindas de origem ilegal, não poderão ser utilizadas num processo. Posteriormente, será investigada a serendipidade no processo penal, tendo em vista que, têm provas que são obtidas casualmente, ou seja, aquelas que não se originam no ato investigativo, mas foram encontradas. Por fim, serão destacadas as consequências da inserção de uma prova ilícita na persecução penal e sua possível influência nas decisões do julgador, na qual se permite questionar como é feita a análise da ilicitude e as medidas que devem ser tomadas, caso a prova obtida por meios ilícitos já tiver sido incorporada no processo e, ainda, qual a influência na formação da convicção do juiz.

Sem pretender esgotar a temática, busca-se, neste trabalho, promover reflexões mediadas pela argumentação jurisprudencial, como intérprete das demandas ocorridas nesse contexto, à luz das garantias fundamentais e dos princípios que regem o processo penal. Para tanto, será realizada uma revisão de literatura, na qual se utilizará o enfoque dedutivo e a pesquisa qualitativa, sendo destacadas, inicialmente, as provas ilícitas por derivação, ressaltando, posteriormente, a serendipidade no processo penal, em relação ao encontro fortuito de provas e, por fim, tecer comentários acerca das consequências da inserção de uma prova ilícita na persecução penal e sua possível influência nas decisões do julgador.

2 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

A teoria da “árvore dos frutos envenenados” estabelece que as provas decorrentes de uma prova ilícita estarão contaminadas pelo vício da ilicitude e, em razão disso, não poderão ser utilizadas no

processo. Grinover (1997, p. 132) esclarece tal teoria, “de modo a considerar contaminadas pelo vício da ilicitude derivada as provas alcançadas a partir do conhecimento de fatos apurados pela prova ilícita”.

As provas obtidas por meios ilícitos desencadeiam consequências que não devem ser consideradas válidas, pois o Direito estaria conivente com a ilicitude ao permitir que dela se aproveitassem qualquer elemento para se formar a convicção do magistrado. No caso em tela, o legislador penal pátrio tratou, no artigo 157, §1º, sobre as denominadas provas ilícitas por derivação: “§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (BRASIL, 1941).

A propósito, são consideradas provas derivadas das ilícitas aquelas que possuem um nexo de causalidade com a prova ilícita, mas que são lícitas em seu teor. Nesse viés, se uma busca e apreensão em um domicílio forem precedidas de uma escuta telefônica ilegal, as provas obtidas pela ordem judicial sobre a busca, medida que seguiu os trâmites legais, serão consideradas ilícitas da mesma forma, pois foram consequências lógicas de uma prova ilícita que as contaminou.

Cumprе ressaltar que as provas ilícitas por derivação permitem o uso de elementos probatórios quando eles não demonstrem nexo causal entre a prova ilícita e a outra licitamente adquirida. Entretanto, seriam as hipóteses da prova cuja fonte é independente, isto é, quando se trata de prova de descoberta inevitável, colhidas pelos métodos normais de investigações criminais, ou da prova contaminada retirada, quando se sana a ilicitude da prova derivada, por qualquer circunstância.

Inobstante a isso, a suprema corte brasileira sustentou a permissão de provas derivadas das ilícitas ao incentivar agentes públicos a realizarem atos contrários a 4ª emenda da Constituição norte-americana, que proíbe a busca e apreensão de forma arbitrária e sem uma ordem judicial motivada. É a redação da referida emenda:

Art. IV- O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1994).

Mister, se faz ressaltar que, o legislador brasileiro agiu corretamente ao adotar esta teoria, pois permitir que uma prova obtida por meios ilícitos prospere, ainda que através de outras provas, incentivaria os detentores do poder de vigiar e investigar a cometer atos ilícitos. Desse modo, a fim de conseguir demonstrar que o investigado é culpado, cujo resultado obtido em consequência da prova obtida por meios ilícitos seria alcançado por meio de uma prova subsequente legal, isto é, na prática, a prova decorrente da ilícita estaria validando toda a investigação.

Na prática, sabe-se o quanto é difícil, por meio de um novo processo criminal, demonstrar a autoria e materialidade de um crime cometido por agentes do Estado, ainda mais quando a função dos mesmos é investigar e a vítima do crime, quase sempre, é marginalizada. Em razão disso, o melhor caminho é não deixar prosperar qualquer resultado que de certa forma seja conivente com a ilicitude perpetrada.

A regra da fonte independente está prevista no artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), e disciplina que as provas obtidas sem nexos de causalidade com as provas obtidas por meios ilícitos não serão contaminadas pela ilicitude. Assim, é possível adotar o mesmo sistema do artigo 13, do Código Penal (BRASIL, 1940), e afirmar que a prova obtida por fonte independente é aquela que continuaria existindo (mesmo) se a prova obtida por meios ilícitos não fosse produzida, ou seja, é aquela que independe do resultado obtido pelo meio ilícito para ser formada.

Desta forma, se há a obtenção de uma mesma prova por uma maneira ilícita e outra lícita, a prova obtida de forma lícita não estará contaminada. É o caso da escuta telefônica ilegal que surpreende o traficante indicando o local onde guarda a droga, enquanto que na delegacia de polícia um usuário também havia indicado o mesmo local. Logo, mesmo retirada a escuta ilegal, a polícia continuaria indo até o local em razão da prova obtida licitamente, ou seja, o depoimento da testemunha.

A regra da descoberta inevitável está prevista no artigo 157, §2º, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), e amplia o entendimento do que são consideradas provas obtidas por fonte independente. Ele prevê que fonte independente é aquela que “por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (art.157, §2º, do Código de Processo Penal) (BRASIL, 1941).

Em sintonia com isso, pode-se afirmar que se a investigação em determinado ponto chegaria a uma prova sem a necessidade das informações colhidas pela prova obtida por meios ilícitos, aquela prova não estaria conspurcada pela ilicitude, pois seria produzida de qualquer forma. Pode destacar-se a descoberta inevitável, quando o autor de um furto identificado, que esconde os produtos do crime em sua própria residência e é requisitado um mandado de busca e apreensão; se houvesse uma escuta ilegal que o surpreendesse relatando que havia escondido a “res furtiva” em sua casa, em nada mudaria a atuação judiciária, pois já é de praxe ao menos buscar na residência do investigado os produtos do crime, ou seja, a descoberta da prova era inevitável.

A aludida teoria da fonte independente também deriva do direito norte-americano lá denominada de “independent source”, tais fundamentos doutrinários já eram aplicados pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência devidamente consolidada, pois, atualmente está positivada e habita o texto do Código de Processo Penal. Há que se mencionar, que não havendo a presença dos

pressupostos para a aplicação da teoria da fonte independente, será caso de fazer tramitar por provocação das partes um incidente processual de declaração da ilicitude da prova derivada (ARTEIRO, 2010).

Por derradeiro, é necessário maior rigor possível e de forma excepcional a fim de que as provas ilícitas não prosperem. Somente deve ser aplicada a teoria da fonte independente quando já houver uma prova legal previamente colhida. Não se pode permitir a validação da prova ilícita subsequente, sendo necessário que a prova legal seja totalmente idônea e até mesmo já documentada antes, se assim for possível.

3 SERENDIPIDADE NO PROCESSO PENAL: O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

Além das provas ilícitas por derivação, há provas que são obtidas por acaso, ou seja, aquelas que não foram obtidas no ato investigativo, mas foram encontradas. Este ato denomina-se de serendipidade, palavra que vem do inglês “*serendipity*”, que significa o encontro casual ou fortuito de coisas; sair para buscar uma coisa e encontrar outra.

Nesse diapasão, alguns atos investigativos suprimem direitos e garantias em prol da investigação e devem ser devidamente justificados e autorizados judicialmente. Nem todo tipo de delito é compatível com algumas formas de investigação mais invasivas, como a interceptação telefônica, sendo certo que um dos critérios para se autorizar um ato investigativo é a proporcionalidade entre a medida e a gravidade da infração penal. Esta descoberta pode não ocorrer por acaso e sim em razão de um desvio de finalidade ou evidente desrespeito aos limites estabelecidos pela ordem judicial cometido pelo agente investigativo, caso em que a prova será evidentemente obtida por um meio ilícito.

Ocorre o desvio de finalidade, por exemplo, quando é realizada uma busca na residência de um suspeito pelo crime de furto e toda a res furtiva é encontrada logo no primeiro cômodo, entretanto os investigadores continuam a busca pelo restante da residência e localizam uma porção de entorpecente. Neste caso hipotético, a finalidade pela qual o mandado de busca foi expedido (investigação pelo crime de furto) já havia sido cumprida e os agentes agiram ilegalmente, pois contrariaram o artigo 243, II, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Nestes casos, as provas não são obtidas por acaso e o agente investigativo ultrapassa o abalizado previamente pela ordem judicial excepcional e, portanto, age sem o manto da legalidade. Por via de consequência, Rodrigues (2014) corrobora:

[...] esse entendimento evita um possível abuso de autoridade por parte do Estado ao utilizar uma medida cautelar (busca e apreensão) para uma diligência, mas, por

conveniência e discricionariedade excessivas, venha ferir direitos constitucionais para investigar outros delitos na oportunidade (RODRIGUES, 2014).

Por outro lado, quando ocorre de fato um encontro fortuito, se faz necessário analisar a conexão entre o crime investigado, o autor e a prova colhida. Se houver conexão entre o crime investigado e o crime descoberto pelo fenômeno da serendipidade, a prova colhida, poderá ser utilizada para fundamentar atos processuais como a denúncia ou a sentença. Insta salientar que esta conexão pode ser inclusive o fato de ambos os crimes terem sido cometidos pelo mesmo autor, que é o caso mais comum. Ressalta-se que, a presente questão tornou-se a protagonista na operação intitulada de Operação Lavajato, em especial, tem-se a colaboração premiada, que, diga-se de passagem, tem sido um dos principais meios de produção e obtenção de provas em tal operação (SOUZA, 2018). Ainda o autor assevera que:

Na colaboração, assim como na interceptação telefônica e na busca e apreensão, é muito comum o surgimento de provas fortuitas, podendo ser aplicado, por vezes, o princípio da serendipidade. Pode-se ilustrar tal situação, no caso em que determinado investigado ou processado faz a colaboração premiada e é revelado evidências da coparticipação ou coautoria de terceiro não investigado ou processado, ou ainda, é revelado fatos relativos a delitos diversos do que estavam na linha de investigação. A prova colhida nestas circunstâncias é lícita, desde que o conteúdo da colaboração seja obtido conforme as determinações legais e constitucionais (SOUZA, 2018, p. 45).

Neste sentido já decidiu o STF que uma prova colhida fortuitamente durante uma interceptação telefônica era válida e poderia ser utilizada para sustentar atos processuais decisórios, mesmo o crime relacionado a ela não sendo apenado com a pena de reclusão, conforme manda o art. 2º, da lei 9.296/96 (BRASIL, 1996), em razão de sua conexidade com o crime alvo da investigação. Observa-se que:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido (BRASIL, 2010).

Entretanto, se não houver nenhuma conexão entre os crimes ou o autor, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é que esta prova encontrada fortuitamente não poderá ser utilizada como supedâneo para nenhum ato processual, servindo apenas como elemento informativo (“*notitia criminis*”). Apenas é ilícita a prova obtida por agentes investigativos que ultrapassam voluntariamente os limites

legais da investigação a fim de encontrar provas de outros crimes, além daquele que originou o mandado, ordem ou autorização judicial.

De outra forma, se a obtenção da prova for fortuita, ou seja, sem que os agentes investigativos ajam além do determinado legalmente, será necessário analisar se há uma conexão entre o crime alvo da investigação e o crime que involuntariamente foi descoberto por meio de uma prova obtida – se houver conexão, a prova poderá ser utilizada; se não houver conexão, a prova servirá apenas como elemento informativo que poderá culminar em uma investigação.

4 AS CONSEQUÊNCIAS DA INSERÇÃO DE UMA PROVA ILÍCITA NA PERSECUÇÃO PENAL E SUA POSSÍVEL INFLUÊNCIA NAS DECISÕES DO JULGADOR

De início, cabe salientar que as provas ilícitas, em regra, são inadmissíveis, isto é, sequer devem ser introduzidas ao processo. Diante disso, é possível se questionar como é feita esta análise da ilicitude, quais as medidas que devem ser tomadas, no caso da prova obtida por meios ilícitos já tiver sido incorporada no processo, qual deve ser o tratamento conferido aos atos e decisões atingidos por esta prova e, ainda, qual sua influência na formação da convicção do magistrado.

Destarte, quando uma prova é obtida ou produzida, as partes e os magistrados devem analisar o meio aplicado para sua obtenção e seu próprio conteúdo. Quando se verifica que o meio aplicado foi ilícito, deve o juiz, de imediato ou provocado por uma das partes, declarar a ilicitude da prova e sua inadmissibilidade. Se a prova ainda não foi introduzida no processo, impede-se que ela migre do inquérito; se a prova já foi introduzida, ordena-se sua retirada (conforme previsto no artigo 157, caput, do Código de Processo Penal) (BRASIL, 1941).

Pode, todavia, haver uma divergência entre a acusação e a defesa se o meio empregado para a produção da prova foi ilícito. Neste caso, instaura-se um procedimento específico nos padrões do incidente de falsidade documental. Após a decisão do juiz, a parte inconformada pode interpor recurso (recurso em sentido estrito ou agravo regimental, dependendo da instância em que se encontra o processo).

Enquanto o recurso não é julgado, o processo deve proceder de acordo com a decisão de primeiro grau do magistrado. Assim, se a prova foi considerada lícita, ela continuará sendo eficaz. Mas se ela foi declarada ilícita, não poderão as partes ou o juiz utilizá-la. Julgado o recurso e ocorrendo a mudança da decisão, os atos praticados, conforme a decisão anterior, poderão ser considerados nulos.

Preclusa a decisão de desentranhamento ou não introdução da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente (artigo 157, §3º, do

Código de Processo Penal) (BRASIL, 1941). Capez (2012, p. 372) alerta que um dos aspectos negativos da destruição desta da prova é que se inviabilizaria uma futura revisão criminal proposta em favor do acusado baseada nela.

Após a prova ser considerada obtida por meios ilícitos, retirada do processo e destruída, nenhum ato judicial ou decisão poderá ser realizado com base nela. Assim, não poderá o Ministério Público sustentar a propositura de uma ação penal com base naquela prova ou utilizá-la para reforçar qualquer argumento em qualquer manifestação.

O mesmo vale para o magistrado, que não poderá utilizar a prova para motivar suas decisões. Implica ainda dizer que todos os atos pretéritos baseados exclusivamente na prova ilícita perderão sua validade, isto é, se não houver outras provas o processo não prosseguirá por falta de justa causa, devendo o magistrado inocentar o acusado. Neste sentido são as decisões dos tribunais no que se referem as provas ilícitas, a nulidade do processo e a falta de justa causa:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PROVA ILÍCITA. NULIDADE. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. Inviolabilidade do domicílio. Não restou demonstrada a situação de flagrante delito apta a excepcionar a proteção conferida por força do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Havendo suspeita da prática de delito em algum domicílio/residência é indispensável a prévia obtenção de mandado judicial de busca e apreensão. No caso concreto, o ingresso não autorizado se deu unicamente em função de informações apócrifas, inexistindo quaisquer investigações prévias sobre a atividade de traficância pela pessoa do réu. Atalhos legais não devem ser admitidos na esfera constitucional. Deste modo, corolário lógico é a ilicitude da prova e, com sua inutilização, impõe-se a absolvição da acusada por ausência de provas da existência do fato. Insuficiência probatória. O nome do acusado não consta das investigações constantes nos autos do Inquérito Policial, havendo indicativos de que sua prisão se deu em razão de informação anônima prestada no momento do cumprimento de mandado de busca e apreensão na casa vizinha, pertencente ao corréu. Nada indica, cabalmente, que o acusado estivesse comercializando entorpecentes, mormente porque desconsiderada a materialidade delitiva, derivada de vício processual. Mantida a condenação do corréu, que, embora não tenha apelado, teve a matéria integralmente reanalisada em função da apelação interposta pelo recorrente. RECURSO PROVIDO. NULIDADE SUPERADA. ABSOLVIÇÃO (BRASIL, 2014a).

Por outro prisma, destaca-se o recurso ordinário em Habeas Corpus numa situação em que envolve militar em crime de peculato-furto. Assim:

EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Processual Penal Militar. Peculato-furto (CPM, art. 303, § 2º). Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa em face da alegada existência, no embasamento da denúncia, de provas reconhecidas como ilícitas. Não ocorrência. Presença de outras provas autônomas suficientes ao embasamento da acusação. Inviabilidade de reexame fático-probatório na via estreita do habeas corpus. Recurso não provido. 1. Conforme destacado no julgado em questão “a ação penal está instruída por outras provas e não somente pelos depoimentos dos pacientes, supostamente considerados ilícitos”. 2. A pretensão ao reconhecimento da

inexistência de provas autônomas suficientes para o embasamento da denúncia pelo Parquet militar esbarra no entendimento assente na Corte de que descabe, na via estreita do habeas corpus, revolver-se o acervo fático-probatório para se reanalisar essa questão. Precedentes. 3. Recurso não provido (BRASIL, 2014b).

Conclui-se que a prova ilícita passa a ser inexistente. Assim, não está mais apta a formar a convicção do magistrado e menos ainda motivar suas decisões. Isto ocasiona, conforme visto nas decisões supra, na invalidade dos atos pretéritos baseados unicamente na prova ilícita e na impossibilidade de utilizá-la para os atos e decisões subsequentes. Apesar de toda esta preocupação legislativa de se impedir a reverberação das provas ilícitas retiradas do processo e destruídas, não se pode ignorar o fato de que o magistrado foi atingido pelo conteúdo desta prova, que muitas vezes proporcionou a ele a certeza de que o acusado é culpado.

Em razão disso, havia no projeto de alteração do Código de Processo Penal um parágrafo a mais no artigo 157, que trata das provas ilícitas, prevendo que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão” (BRASIL, 1941). Referido parágrafo, todavia, foi vetado pelo Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, que, aconselhado pelo Ministro da Justiça, Tarso Genro, e pelo Advogado-Geral da União, Dias Tóffoli, proferiu as seguintes justificativas:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso (BRASIL, 2008).

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

Não nos convence as justificativas apresentadas. Não se pode, em prol da celeridade processual, negligenciar outros princípios de status constitucional como o do devido processo legal, o da vedação às provas ilícitas e principalmente o do juiz imparcial. Conforme já visto, nosso ordenamento jurídico adota um processo penal de primeira velocidade, onde deve se colocar as garantias e direitos fundamentais acima da rápida resolução da lide criminal.

Além do mais, a argumentação de que estar o processo em instância recursal impossibilitaria o cumprimento do disposto não faz muito sentido, eis que poderia sim apenas aquele julgador ser afastado ou até mesmo mover o processo para outra turma recursal.

A eficácia da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos apenas se concretiza por completo quando o juiz que teve contato com seu conteúdo, e foi contaminado, é afastado e dá lugar a um novo julgador que desconhece a informação ilicitamente obtida, podendo assim julgar apenas de acordo com as provas lícitamente colhidas e produzidas, valorando cada uma de acordo apenas com o que existe no processo.

A permuta de julgador se faz extremamente necessária, pois rege no processo penal brasileiro o sistema do livre convencimento motivado. Ou seja, pode o magistrado atribuir as provas colhidas, de forma livre, o valor que bem entender e isto faz com que haja uma variação de entendimento de julgador para julgador e também de caso para caso, não sendo o direito uma aplicação matemática que sempre resultará na mesma consequência.

Portanto, pode ocorrer uma supervalorização de algumas provas, que sem esta situação prévia não seriam tão determinantes para o deslinde da causa. Ou seja, ainda que o juiz não motive sua decisão com base nas provas obtidas por meios ilícitos, elas acabam se manifestando por outras provas. Observa Gomes (2009) que:

Em muitos casos, a decisão deve ser anulada, ainda que sequer mencione a prova ilícita, pois não há nenhuma garantia de que a convicção foi formada (exclusivamente) a partir do material probatório válido. A garantia da jurisdição vai muito além da mera presença de um juiz (natural, imparcial, etc.), ela está relacionada com a qualidade da jurisdição. A garantia de que alguém será julgado somente a partir da prova judicializada (nada de condenações com base nos atos de investigação do inquérito policial) e com plena observância de todas as regras do devido processo penal (GOMES, 2009, s.p.).

Se a sentença fosse mera conta matemática das provas produzidas, como no sistema tarifado, não haveria no Código de Processo Penal as causas de impedimento e suspeição do juiz, pois seria impossível legalmente ele decidir de forma parcial. Desta forma, é fato que se deve buscar cada vez mais um juiz que apenas forme sua convicção com base no mundo processual que lhe é apresentado e não em fatores externos. Em razão disso, para se preservar o princípio do juiz imparcial, o rol de causas de suspeição e impedimento não pode ser taxativo e sim exemplificativo. A jurisprudência por vezes também corrobora deste entendimento:

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE A EXCEPTA ATUOU COMO PARTE ACUSADORA AO DECRETAR A PRISÃO DO EXCIPIENTE, SEM QUE HOUVESSE PEDIDO DO MP, RESTANDO MACULADA A NECESSÁRIA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. CAUSAS DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO. ROL EXEMPLIFICATIVO. NÃO BASTA SER

IMPARCIAL, TEM QUE PARECER SER. PROCEDÊNCIA. AFASTA-SE QUALQUER DÚVIDA QUE POSSA MACULAR A CREDIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO. Ocorrência de animosidade entre o acusado e a magistrada competente para o julgamento do processo. Imparcialidade do julgador que se encontra afetada diante das considerações tecidas pela Magistrada no que tange à pessoa do acusado. Comportamento processual da magistrada que evidencia animosidade que pode afetar o dever de imparcialidade. Não obstante o entendimento doutrinário dominante que assevera que as causas de impedimento e suspeição não comportam adições, a ninguém interessa um Juiz aparentemente parcial, ainda que, de fato, não o seja. Tratando-se de situações que possam interferir na imparcialidade do magistrado, não poderíamos esperar que o legislador conseguisse definir, em um rol taxativo, todas elas. Não há dúvidas que as situações apontadas pelo Excipiente demonstram que o ânimo da magistrada, ora excepta, compromete a imparcialidade necessária para exercer o mister judicante. EXCEÇÃO QUE SE ACOLHE para afastar a excepta da causa e determinar a remessa dos autos ao Juiz tabelar (BRASIL, 2015).

A discussão sobre a imparcialidade do juiz vai muito além das provas ilícitas e, em razão disso, chegou a se cogitar a figura do juiz de garantias no sistema processual penal bandeirante no projeto de código de processo penal brasileiro. O juiz de garantias, resumidamente, é aquele que atua durante na fase investigativa e realiza um juízo de valor de acordo com as provas colhidas nesta fase, que servem tecnicamente apenas para se colher elementos para a ação penal (com exceção das cautelares, irrepetíveis e antecipadas), e decide se recebe ou não a denúncia. Após o recebimento da denúncia, início da fase judicial, outro juiz (o de instrução) assume a causa.

Assim sendo, o caminho mais viável a fim de se evitar a eventual suspeita da imparcialidade do juiz e impedir que as provas obtidas por meios ilícitos continuem a repercutir, contrapõe a lógica processual penal adotada, é que o magistrado que obteve contato com a prova obtida ilicitamente deve ficar impedido de proferir qualquer ato decisório subsequente. Além do mais, já há entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o rol de impedimento do juiz, previsto no artigo 252, do Código de Processo Penal, que não é taxativo e, sim, exemplificativo, o que pode permitir a aplicabilidade deste impedimento ao magistrado, contaminado pela prova ilícita.

Gomes (2008) destaca que o dispositivo-guia constante no inciso LVI, do art. 5º da CF/88 tem por escopo afastar do julgamento o juiz que tiver sido ‘contaminado’ pelo conhecimento de prova declarada ilícita, de forma a proteger as garantias do acusado e assegurar a imparcialidade do julgador. Ora, o simples fato de impedir que o juiz se valha de provas declaradas inadmissíveis para fundamentar sua decisão não basta para preservar os mencionados princípios norteadores do processo se o magistrado tiver conhecimento de tais provas.

Assim, esse mecanismo torna-se insuficiente para garantir que o magistrado não tenha sua convicção e, portanto, sua decisão influenciada pelo conhecimento de provas inadmissíveis (GOMES, 2008). Desse modo, fazendo-se uma correlação mais profunda entre imparcialidade judicial e provas ilícitas, constata-se que o juiz não fica proibido de tomar suas decisões em razão da moral e poderá agir

livremente, respeitadas as limitações legais para tanto, construindo sua convicção de uma ou de outra maneira, desde que a estrutura probatória assim o permita.

Conseqüentemente, a prova ilícita, caso apresentada pela acusação, não deixará de se apresentar como fato da convicção constituída pelo órgão julgador singular, contaminando-o de fato, ou seja, o juiz, que teve contato com provas ilegais, tenderá a se guiar por elas, isto é, poderá ser influenciado por ela e, assim, perderá sua imparcialidade. Ele poderá ficar parcial, pois já conhecedor da culpa demonstrada pelo contato com as provas ilícitas.

Um dos motivos apresentados por aqueles que defendem o estabelecimento de um juiz de garantias é que as decisões tomadas na fase investigativa podem influenciar nas decisões subseqüentes tomadas na fase judicial, pois o juiz, muitas das vezes, exerce pré-julgamentos durante a investigação e busca confirmá-los posteriormente. Ora, se se decreta uma interceptação telefônica e depois o juiz absolve o acusado, ele estará admitindo que errou em permitir que a garantia de um inocente fosse violada, logo é normal que o julgador aja de forma, ainda que não conscientemente, a confirmar seus pré-julgamentos (BADARÓ, 2014).

O ponto é que já há uma discussão se a fase investigativa exerce uma influência no julgamento final do magistrado, que não deveria poder ser influenciado pelas fases anteriores, onde todas as provas foram produzidas legalmente. Pode se concluir que, a contaminação do juiz por uma prova ilícita consiste em violação mais grave ainda de sua imparcialidade, devendo haver uma troca de julgador.

Embora pareça interessante a introdução de um juiz de garantias, para resolver o problema do magistrado que obteve a informação produzida ilicitamente, a solução mais viável seria que ele se tornasse impedido para o julgamento, conforme previa o próprio parágrafo que foi vetado pelo presidente da república.

Assim, estaria se respeitando os princípios do devido processo legal, o da vedação as provas ilícitas e o do juiz imparcial, impedindo que a decisão fosse maculada de qualquer ilicitude, ainda que indireta. Portanto, nos parece que a melhor solução para evitar que as provas ilícitas, depois de retiradas, continuem influenciando no julgamento e seja alcançada por completa a inadmissibilidade da prova ilícita, cumprindo de fato as normas constitucionais e processuais penais que regem o sistema processual brasileiro, é o impedimento do magistrado que obteve o conhecimento ilícito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As provas talvez sejam a matéria de maior importância no processo penal, pois são elas que formam toda a convicção do magistrado, que é quem detém o poder de inocentar ou condenar. Em razão disso, os princípios constitucionais e processuais penais devem ser observados com muito rigor. Não se

pode permitir um processo conspurcado por ilicitudes e que não coadune com as normas constitucionais, até porque é por meio das normas que as injustiças são evitadas.

Nesse sentido, deve haver, durante a persecução penal, o devido resguardo aos princípios do devido processo legal, ao princípio da presunção de inocência, princípio do juiz natural e imparcial, e ao princípio da vedação as provas ilícitas. Todos estes princípios alicerçam que garantias e direitos sejam respeitados e impõem limites à atuação estatal, constituindo as bases do Estado Democrático de Direito estabelecido no Brasil.

O princípio da vedação as provas ilícitas impõe importante restrição na busca do Estado em satisfazer seu “jus puniendi”. Permitir que o Estado desobedecesse às normas estabelecidas democraticamente pela sociedade, normas pelas quais ele deveria zelar punindo os infratores, é uma tremenda incoerência. Em razão disso, o Código de Processo Penal situou expressamente, seguindo o princípio constitucional, a inadmissibilidade das provas ilícitas em seu artigo 157 (BRASIL, 1941).

Estabeleceu, outrossim, que a prova obtida por meios ilícitos deveria ser retirada do processo e destruída. Consequentemente, após ser retirada do processo e destruída, a prova obtida por meios ilícitos deixa de ser válida juridicamente, sendo vedado as partes e ao magistrado utilizar seu conteúdo nos atos subsequentes e, ainda, os atos baseados unicamente nela devem ser considerados inválidos. Além disso, o citado códex, inspirado pela teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada, vedou a utilização das provas derivadas das ilícitas.

Ficou evidente a preocupação de não se aproveitar nenhuma ilicitude, impedindo que o processo ficasse contaminado. Entretanto, vislumbra-se uma falha ao se permitir que o magistrado que obteve a informação continuasse atuando no processo, eis que muitas das vezes já obteve a convicção da culpa do réu, ou seja, está com sua imparcialidade manchada. Permitir que o Juiz continue atuando causa proferindo decisões importantes, inclusive que autorizam atos investigativos mais incisivos, e a própria sentença é abrir uma possibilidade para que as provas ilícitas continuem, ainda que indiretamente, se difundindo no processo.

Embora o magistrado não possa motivar suas decisões com base nas provas que foram consideradas obtidas por meios ilícitos e retiradas do processo, estas podem continuar influenciando na forma em que ele valora outras provas, eis que rege no processo penal brasileiro o sistema do livre convencimento motivado.

Assim, em razão de ter tido contato com a prova obtida ilicitamente, poderá buscar em outras provas formas de motivar seu convencimento (já formado em razão do contato com a prova ilícita), podendo as valorar de maneira diversa de seus critérios adotados sem a influência da prova ilícita. Ou seja, o magistrado contaminado passa a atuar de maneira a confirmar seu conhecimento, o que em muitos casos se reflete em uma inclinação para condenar o réu.

Desta forma, a melhor solução para se evitar eventual quebra da imparcialidade do magistrado e impedir que as provas obtidas por meios ilícitos continuem a repercutir, contrariando a lógica processual penal adotada, seria que o juiz que obteve contato com a prova obtida ilicitamente ficasse impedido de proferir qualquer ato decisório subsequente. Inclusive, já existe entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o rol de impedimento do juiz, previsto no artigo 252, do Código de Processo Penal, não é taxativo e sim exemplificativo, o que possibilitaria a aplicabilidade deste impedimento ao magistrado contaminado pela prova ilícita.

Invocar a celeridade processual para que o magistrado contaminado pela ilicitude continue atuando seria colocar a agilidade processual na frente das garantias e direitos processuais, o que é inconcebível. De mais vale um processo penal garantista e menos propenso a erros do que um veloz em que se prosperam injustiças. Além do mais, a quantidade de garantias e princípios que coadunam com a vedação as provas ilícitas é elevada, o que faz se raciocinar que se houver uma harmonização este prevalecerá sobre o princípio da celeridade processual.

Nestes termos, a única forma de se dar a validade completa ao princípio constitucional da vedação as provas obtidas por meios ilícitos, e os correlacionados com ele como o princípio do devido processo legal, princípio da presunção de inocência, princípio do juiz natural e imparcial e o princípio da persuasão racional e da motivação das decisões, é não permitir que o magistrado que teve contato com a prova ilícita continue atuando no processo, pois, conforme demonstrado, ele já está contaminado por sua convicção que foi antes formada ilicitamente.

6 REFERÊNCIAS

ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **A nova posituação normativa das provas ilícitas**. ETIC-Encontro de Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498, v. 4, n. 4, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias**. 2014. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>>. Acesso em 17 mar 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 1940.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17 mar 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Presidência da República. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em 17 mar 2020.

BRASIL. Lei Nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal (sobre interceptações telefônicas)**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm. Acesso em 17 mar 2020.

BRASIL. **Mensagem Nº 350, de 9 de junho de 2008**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm. Acesso em 17 mar 2020.

BRASIL. **Agravo regimental em Agravo de Instrumento**. STF - AI: 626214 MG, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 21/09/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-09 PP-01825.

BRASIL. **Apelação Crime Nº 70058853797**, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 05/06/2014) (TJ-RS - ACR: 70058853797 RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 05/06/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/07/2014. 2014a.

BRASIL. **STF - RHC: 117964 RJ**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 04/02/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-046 DIVULG 07-03-2014 PUBLIC 10-03-2014. 2014b.

BRASIL. **TJ-RJ - EXSUSP: 00331135220148190000 RIO DE JANEIRO ARMACAO DOS BUZIOS 2 VARA**, Relator: PAULO SERGIO RANGEL DO NASCIMENTO, Data de Julgamento: 09/12/2014, TERCEIRA C MARA CRIMINAL, Data de Publicação: 11/02/2015).

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América**. 1994. Traduzido por J Henry Phillips. Disponível em <http://www.braziliantranslated.com/euakon01.html>. Acesso em 17 mar 19.

GOMES, Luiz Flávio. **O novo regramento das provas ilícitas**. 2008. Disponível em: <http://jusbrasil.com.br/noticias/22274/lei_11690_08_o_novo_regramento_das_provas_ilicitas >. Acesso em 17 mar 19.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. LGF, 2009. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais/>>. Acesso em 17 mar 19.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista CEJ**, v. 1, n. 3, p. 131-141, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 161.

RODRIGUES, Geordan Antunes Fontenelle. Teoria do encontro fortuito de provas: serendipidade de primeiro e segundo grau. **Ambito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 122, mar 2014. Disponível em:

<http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14584>. Acesso em 17 mar 2020.

SOUZA, Evandir Virgulino de. **Princípio da Serendipidade:** o encontro fortuito da prova no processo penal e a jurisprudência correlata. Monografia (Graduação em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal da Paraíba – UFPB. João Pessoa, p. 51, 2018.

COMPILAÇÃO DE NORMAS ESCRAVISTAS PORTUGAL/BRASIL SÉC. XVII, XVIII E XIX

RAMON DOS SANTOS FERREIRA¹
CRISTÓVÃO TEIXEIRA RODRIGUES SILVA²

APRESENTAÇÃO

A reunião das normas jurídicas aqui é fruto de intensa pesquisa para formar um compilado regulatório sobre a escravidão no Brasil, aqui incluídos os séculos XVII, XVIII e XIX. Com isso, espera-se fomentar e facilitar as pesquisas histórico-documentais, contribuindo para novas instigações que tomem a história do direito brasileiro como objeto de estudo. Ainda, almeja que a interdisciplinaridade faça parte da formação jurídica, ampliando o conhecimento sobre contexto social contemporâneo.

O projeto de pesquisa, do qual esse trabalho é parte, *Cartografia Jurídica: análise das normas jurídicas que regularam a escravização de pessoas negras no período colonial e imperial brasileiros* é vinculado ao Grupo de Pesquisas e Estudos em Direitos Humanos Fundamentais – GEDHUF, do Departamento de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA. A pesquisa é financiada com uma bolsa estudantil PIBIC/FUNCAP/URCA – Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico, desde abril de 2020 até o presente.

Dentre os objetos de estudo estão as normas jurídicas reguladoras do sistema escravagista no território brasileiro durante os períodos Colonial e Imperial. Desenvolve-se por meio de uma análise bibliográfica e documental ampla e sistemática das normas, suas características e fundamentos, com a finalidade de compreender a relação jurídica do fenômeno escravagista e seu impacto sociocultural na atualidade.

¹ Estudante do curso de Direito na Universidade Regional do Cariri (URCA). Membro do Grupo de Estudos em Direitos Humanos Fundamentais (GEDHUF). Bolsista PIBIC/FUNCAP/URCA do projeto de pesquisa *Cartografia Jurídica: análise das normas jurídicas que regularam a escravização de pessoas negras no período colonial e imperial brasileiros*. E-mail: ramonsantos.ferreira77@gmail.com

² Professor do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA). Doutorando em Educação pelo PPGEd/UFRN. Mestre em Ciências Jurídicas pelo PPGCJ/UFPB. Membro/Pesquisador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos Fundamentais (GEDHUF). Coordenador do projeto de pesquisa *Cartografia Jurídica: análise das normas jurídicas que regularam a escravização de pessoas negras no período colonial e imperial brasileiros*. E-mail: cristovao.teixeira@urca.br

As normas compiladas estão organizadas de forma cronológica, com uma breve apresentação geral e depois são apresentados os recortes temáticos no texto original, destacando os trechos que apresentam alguma relação com a escravidão.

ÍNDICE DAS NORMAS COMPILADAS

Ano	Norma	Explicação
1603	Ordenações filipinas (Livro V)	No Livro V, no Título XCIX, a coroa portuguesa obrigava os senhores a batizarem todos os seus escravos africanos no Brasil dentro do prazo de 3 meses.
1603	Ordenações filipinas (Livro V)	Ainda no Livro V, nos Títulos XVI e XXIV, resguardam a honra das mulheres, inclusive a escrava branca, deixando de fora qualquer menção à africana escravizada.
1603	Ordenações filipinas (Livro V)	No Título XLI compara o crime de parricídio ao escravizado que matar ou tentar matar o seu senhor
1603	Ordenações filipinas (Livro V)	No Título LXX, dispõe sobre a proibição do escravizado viver por si só, ou que os mesmos tenham direito de possuir ou comprar bens, também ficando impossibilitados de fazerem festas ou ajuntamentos na cidade de Lisboa.
1723	Alvará de confirmação de 23 de dezembro de 1723	Alvará que autorizou João Dansaint e seus sócios a capturar africanos na Costa da África para serem trazidos ao Brasil para trabalharem nas lavouras de açúcar, tabaco e trabalho das minas.
1741	Alvará de 3 de março de 1741	Alvará que institui a pena de marcar com um F os escravizados fugitivos, vulgarmente chamados de calhambolas, que forem recapturados em quilombos.
1751	Alvará de 14 de outubro de 1751	Alvará que proíbe que sejam levados escravos para portos de terras fora do domínio português, para se evitar o extravaiamento de escravos causadores de prejuízos ao bem público e a fazenda real portuguesa.
1830	Art. 295 do Código Criminal do Império	Condena à prisão, e a trabalhos forçados, quem não declarar formalmente alguma ocupação “honesta” e “útil”.

1831	Lei de 7 de novembro de 1831. (Lei Feijó)	Declara proibição à importação ao Brasil de africanos com o objetivo de trabalho escravo.
1835	Lei nº 13, de 28 de março de 1835	Minas Gerais emite a primeira lei brasileira que regulamenta a instrução primária, limitada somente às pessoas livres
1845	Bill Aberdeen Act	Autoriza a frota inglesa a afundar ou a capturar qualquer navio que seja flagrado traficando escravizados africanos no Atlântico Sul.
1850	Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850. (Lei Eusébio de Queiroz)	Encerra no Brasil, definitivamente, o tráfico de escravizados vindos da África
1850	Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. (Lei da Terra)	Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Incentivando a vinda de colonos livres para o Brasil, doando-lhes terras e arranjando-lhes emprego, conseqüentemente fomentando ainda mais o comércio escravagista. Em seu artigo primeiro proíbe a aquisição de terras no Brasil que não seja através da compra e venda.
1871	Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871 (Lei do Ventre Livre)	Considera livre todos os nascidos de mulher cativa desde a data de sua publicação
1885	Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885 (Lei dos Sexagenários)	Lei que libertava os escravizados com mais de 60 anos de idade.
1888	Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. (Lei áurea)	Declara a extinção da escravização no Brasil, tornando livre todos os escravizados.

TRECHOS DAS NORMAS

Ordenações Filipinas (1603)

Livro V – Título XCIX

“Qualquer pessoa, de qualquer estado e condição que seja que escravos de Guiné tiver, os faça batizar e fazer cristãos, do dia que a seu poder vierem até seis meses, sob pena de os perder para quem os demandar...//E se algum dos ditos escravos que passe de idade de dez anos se não quiser tornar cristão, sendo por seu senhor querido, faça-o seu senhor saber ao prior ou cura da igreja em cuja freguesia viver, perante o qual fará ir o dito escravo; e se ele, sendo pelo dito prior e cura admoestado e requerido por seu senhor, perante testemunhas, não quiser ser batizado, não incorrerá o senhor em dita pena.//E sendo os escravos em idade de dez anos ou de menos, em toda a maneira os façam batizar até um mês do dia que estiverem em posse deles; porque nestes não é necessário esperar seu consentimento.//E as crianças que em nossos reinos e senhorios nascerem das escravas que das partes de Guiné vierem, seus senhores as farão batizar aos tempos que os filhos das cristãs naturais do Reino se devem e costumam batizar, sob as ditas penas.”

Livro V – Títulos XVI e XXIV

“XVI: Do que dorme com a mulher, que anda no Paço, ou entra em casa de alguma pessoa para dormir com mulher virgem, ou viúva honesta, ou escrava branca de guarda.”

“XXIV: Do que casa, ou dorme com parenta, criada, ou escrava branca daquele, com quem vive”

Livro V – Título XLI

“Do escravo, ou filho, que arrancar arma contra seu senhor, ou pai. O escravo, ora seja Cristão, ora o não seja, que matar seu senhor, ou filho de se seu senhora, seja atenazado, e lhe seja decepadas as mãos, e morra morte natural na forca para sempre; e se ferir seu senhor sem o matar, morra morte natural. E se arrancar alguma arma contra seu senhor, posto que o não fira, seja assolados publicamente com baraço e pregão pela Villa, e seja-lhe decepada uma mão.”

Livro V – Título LXX

“Nenhum escravo nem escrava cativo, quer seja branco, quer preto, viva em casa por si; e, se seu senhor lho consentir, pague de cada vez 10 cruzados, a metade para quem o acusar e a outra para as obras da cidade, e o escravo ou escrava seja preso e lhe dêem vinte açoites ao pé do pelourinho. E nenhum mourisco nem negro que fosse cativo, assim homem como mulher, agasalhe nem recolha na casa, onde viver, algum escravo ou escrava cativo, nem dinheiro, nem fato, nem outra coisa que os cativos derem ou trouxeram à casa; nem lhe compre coisa alguma nem a haja dele por outro algum título, sob pena de pagar por cada vez 10 cruzados, a metade para as obras da cidade ou vila, e a outra para quem o acusar, além das mais penas em que por nossas Ordenações e por Direito incorrer. E bem assim na cidade de Lisboa e uma légua ao redor, se não faça ajuntamento de escravos nem bailes, nem tangeres seus, de dia nem de noite, em dias de festas nem pelas semanas, sob pena de serem presos e de os que tangerem ou bailarem, pagarem cada um mil réis para quem os prender, e a mesma defesa se entenda nos pretos forros.”

Alvará de Confirmação de 23 de dezembro de 1723

“Eu el-rei. Faço saber aos que este alvará virem que havendo respeito a ser conveniente à conservação dos meus Reinos e aumento das Conquistas introduzirem-se nelas grande número de escravos para por este meio fornecerem às terras do Brasil, que necessitam deles para as lavouras do açúcar, tabaco e trabalho das minas, e oferecendo-se João Dansaint e seus sócios Manoel Domingues do Paço, Francisco Nunes da Cruz, Noé Houffaye, Lourenço Pereira, Bartolomeu Miguel Viene, todos moradores nessa Corte, estabelecer uma companhia para a Costa da África, para dela poderem tirar escravos e levá-los para sua conta a todos os portos do Estado do Brasil, de que se seguirá uma grande conveniência ao comércio deste Reino e suas Conquistas, obrigando-se com seus próprios cabedais a fundarem uma fortaleza no Rio de Anges e ilha do Corisco, na altura de um grau e trinta minutos na costa do Gabão (...)”

Alvará de 3 de março de 1741

“Eu el-rei faço saber aos que este alvará em forma de lei virem que sendo-me presente os insultos que no Brasil cometem os escravos fugidos, a que vulgarmente chamam calhambolas, passando a fazer excesso de se juntar em quilombos, e sendo preciso acudir com os remédios que evitem esta desordem, hei por bem que a todos os negros que forem achados em quilombos, estando neles voluntariamente, se lhes ponha com fogo uma marca em uma espádua com a letra F, que para este efeito haverá nas Câmaras; e se quando se for executar esta pena for achado já com a mesma marca, se lhe cortará uma orelha. Tudo

por simples mandado do juiz de fora ou ordinário da terra, ou do ouvidor da comarca, sem processo algum e só pela notoriedade do fato, logo que do quilombo for trazido, antes de entrar para a cadeia. Pelo que mando ao vice-rei e capitão-general de mar e terra do Estado do Brasil, governador e capitão-general do Brasil, governadores e capitães-generais, desembargadores de Relação, ouvidores, juizes e Justiças do dito Estado, cumpram e guardem e façam cumprir e guardar este meu alvará em forma de lei, que valerá posto que seu efeito haja de durar mais de um ano, sem embargo da ordenação de livro II, título 40 em contrário, o qual será publicado nas comarcas do Estado do Brasil e se registrará na Relação e Secretaria dos governos, Ouvidoria e Câmaras do mesmo Estado, para que venha à notícia de todos. Dado em Lisboa ocidental, a 3 de março de 1741. Rei.”

Alvará de 14 de outubro de 1751

“Eu El-rei faço saber aos que este alvará em forma de lei virem que, sendo-me presente em consulta do meu Conselho Ultramarino a grande desordem com que no Brasil se estão extraindo e passando negros para os domínios que me não pertencem, de que resulta um notório prejuízo ao bem público e à minha real fazenda, a que é preciso dar o remédio conveniente, hei por bem ordenar geralmente que se não levem negros dos portos do mar para terras que não sejam dos meus reais domínios e, constando o contrário, se perderá o valor do escravo em tresdobro, a metade para o denunciante e a outra para a Fazenda real, e os réus de contrabando serão degradados dez anos para Angola; ordenando outrossim que se não dê despacho para a Colônia do Sacramento ou outros lugares vizinhos à raia portuguesa sem ficar em livro separado (que deve haver nas Provedorias) registrado o nome e sinais do escravo, passando-se uma guia para a Provedoria ou Justiça Ordinária do lugar para que se despacha, a qual deve ser obrigada a descarregar dentro de um ano; e todas as Justiças dos mesmos lugares da raia serão obrigadas a mandar todos os anos lista às Provedorias da cidade da Bahia e Rio de Janeiro de todos os escravos que entraram e dos que se acham e existem neles, declarando-se que morreram ou faltaram por causa justa ou por passarem para terras das minhas Conquistas. Pelo que mando ao meu vice-rei e capitão general de mar e terra do Brasil, e a todos os governadores, capitães-mores do mesmo Estado e provedores de meu real Fazenda, dele façam publicar este meu alvará, o qual se registrará nas Relações do Brasil e em todas as Provedorias da Fazenda real e mais partes, onde convier para que se tenha notícia do que pelo mesmo alvará ordeno, e se cumpra e guarde inteiramente como nele se contém, sem dúvida alguma, o qual valerá como carta, posto que seu efeito haja de durar mais de um ano, sem embargo da Ordenação do livro II, título 40 em contrário, e se publicará e registrará na minha Chancelaria-mor do Reino. Lisboa a 14 de outubro de 1751. Rei.”

Artigo 295 do Código Criminal do Imperio (1830)

“Não tomar qualquer pessoa uma ocupação honesta, e útil, de que passa subsistir, depois de advertido pelo Juiz de Paz, não tendo renda sufficiente.”

Lei de 7 de novembro de 1831 (Lei Feijó)

“Art. 1º Todos os escravos, que entrarem no territorio ou portos do Brazil, vindos de fóra, ficam livres. Exceptuam-se:

1º Os escravos matriculados no serviço de embarcações pertencentes a paiz, onde a escravidão é permitida, enquanto empregados no serviço das mesmas embarcações.

2º Os que fugirem do territorio, ou embarcação estrangeira, os quaes serão entregues aos senhores que os reclamarem, e reexportados para fóra do Brazil.

Art. 2º Os importadores de escravos no Brazil incorrerão na pena corporal do artigo cento e setenta e nove do Codigo Criminal, imposta aos que reduzem á escravidão pessoas livres, e na multa de duzentos mil réis por cabeça de cada um dos escravos importados, além de pagarem as despezas da reexportação para qualquer parte da Africa; reexportação, que o Governo fará effectiva com a maior possivel brevidade, contrastando com as autoridades africanas para lhes darem um asylo. Os infractores responderão cada um por si, e por todos.”

Lei nº 13 de 28 de março de 1835

“Art. 11 Somente as pessoas livres podem frequentar as Escolas Públicas, ficando sujeitas aos seus Regulamentos.”

Bill Aberdeen Act (1845)

“CONSIDERANDO que foi celebrada uma Convenção entre Sua Majestade o Rei Jorge IV e o Imperador do Brasil , para a Regulamentação e Abolição final do Comércio de Escravos Africanos , e assinada no Rio de Janeiro no vigésimo terceiro dia de novembro de mil e oitocentos e vinte e seis (...) Que será lícito que as ditas Comissões Mistas estabelecidas no Rio de Janeiro e em Serra Leoa prossigam até o décimo terceiro dia de setembro do ano em curso no julgamento dos casos de tais embarcações detidas ao abrigo das disposições da referida Convenção (...)

VI. E seja decretado, que qualquer navio ou embarcação que seja detido sob qualquer Ordem ou Autoridade conforme supracitado (...) (Tradução nossa).”

Lei nº 581 de 04 de setembro de 1850 (Lei Eusébio de Queiroz)

“Dom Pedro, por graça de deus, e unanime aclamação dos povos, imperador constitucional e defensor perpetuo do brasil: fazemos saber a todos os nossos súditos, que a assembleia geral decretou, e nós queremos a lei seguinte.

Art. 1º As embarcações brasileiras encontradas em qualquer parte, e as estrangeiras encontradas nos portos, enseadas, ancoradouros, ou mares territoriais do Brasil, tendo a seu bordo escravos, cuja importação é proibida pela Lei de sete de Novembro de mil oitocentos trinta e um, ou havendo-os desembarcado, serão apreendidas pelas Autoridades, ou pelos Navios de guerra brasileiros, e consideradas importadoras de escravos.

Aquelas que não tiverem escravos a bordo, nem os houverem proximamente desembarcado, porém que se encontrarem com os sinais de se empregarem no tráfico de escravos, serão igualmente apreendidas, e consideradas em tentativa de importação de escravos.”

Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850 (Lei da Terra)

“Dispõe sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais. Bem como por simples título de posse mansa e pacífica; e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas cedidas a título oneroso, assim para empresas particulares, como para o estabelecimento de colônias de nacionais e de estrangeiros, autorizado o Governo a promover a colonização estrangeira na forma que se declara.

Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra. (...)”

Lei nº 2.040 de 28 de setembro de 1871 (Lei do Ventre Livre)

“Art. 1º Os filhos de mulher escrava que nascerem no Imperio desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.

§ 1º Os ditos filhos menores ficarão em poder o sob a autoridade dos senhores de suas mãis, os quaes terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito annos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá opção, ou de receber do Estado a indemnização de 600\$000,

ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 anos completos. No primeiro caso, o Governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. A indemnização pecuniaria acima fixada será paga em títulos de renda com o juro annual de 6%, os quaes se considerarão extinctos no fim de 30 annos. A declaração do senhor deverá ser feita dentro de 30 dias, a contar daquelle em que o menor chegar á idade de oito annos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbitrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor. (...)”

Lei nº 3.270 de 28 de setembro de 1885 (Lei do Sexagenários)

“§ 10. São libertos os escravos de 60 annos de idade, completos antes e depois da data em que entrar em execução esta Lei; ficando, porém, obrigados, a titulo de indemnização pela sua alforria, a prestar serviços a seus ex-senhores pelo espaço de tres annos.

§ 11. Os que forem maiores de 60 e menores de 65 annos, logo que completarem esta idade, não serão sujeitos aos alludidos serviços, qualquer que seja o tempo que os tenham prestado com relação ao prazo acima declarado. (...)”

Lei nº 3.353 de 13 de maio de 1888 (Lei Áurea)

“A Princesa Imperial Regente, em nome de Sua Majestade o Imperador, o Senhor D. Pedro II, faz saber a todos os súditos do Império que a Assembléa Geral decretou e ela sancionou a lei seguinte:

Art. 1º: É declarada extincta desde a data desta lei a escravidão no Brazil.

Art. 2º: Revogam-se as disposições em contrário. (...)”

REFERÊNCIAS

BILL **Aberdeen Act. of 1845**. Public Law, 8º & 9º Vict. Cap. CXXII. Aug. 8th, 1845. Tradução: Ramon dos Santos. Disponível em: https://www.pdavis.nl/Legis_28.htm. Acesso em 02 dez. 2021.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Codigo Criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em 02 dez. 2021.

BRASIL. **Lei de 7 de novembro de 1831**. Declara livres todos os escravos vindos de fôra do Imperio, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-7-11-1831.htm. Acesso em 02 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850**. Estabelece medidas para a repressão do trafico de africanos neste Imperio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim581.htm. Acesso em 02 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850.** Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm Acesso em 02 dez. 2021

BRASIL. **Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871.** Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annal de escravos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm. Acesso em 02 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885.** Regula a extinção gradual do elemento servil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3270.htm. Acesso em 02 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888.** Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm. Acesso em 02 dez. 2021.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas.** Livro V. 1603. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15ind.htm>. Acesso em 02 dez. 2021.

LARA, Silvia Hunold. **Legislação sobre escravos africanos na América portuguesa.** Andrés-Gallego, José (Coord.). Nuevas Aportaciones a la Historia Jurídica de Iberoamérica. Madrid: Fundación Histórica Tavera/Digibis/Fundación Hernando de Larramendi, 2000.

MINAS GERAIS. **Lei nº 13, de 28 de março de 1835.** Regula a criação das Cadeiras de Instrução primária, o provimento e os Ordenados dos Professores. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;minas.gerais:estadual:lei:1835-03-28;13>. Acesso em 02 dez. 2021.

